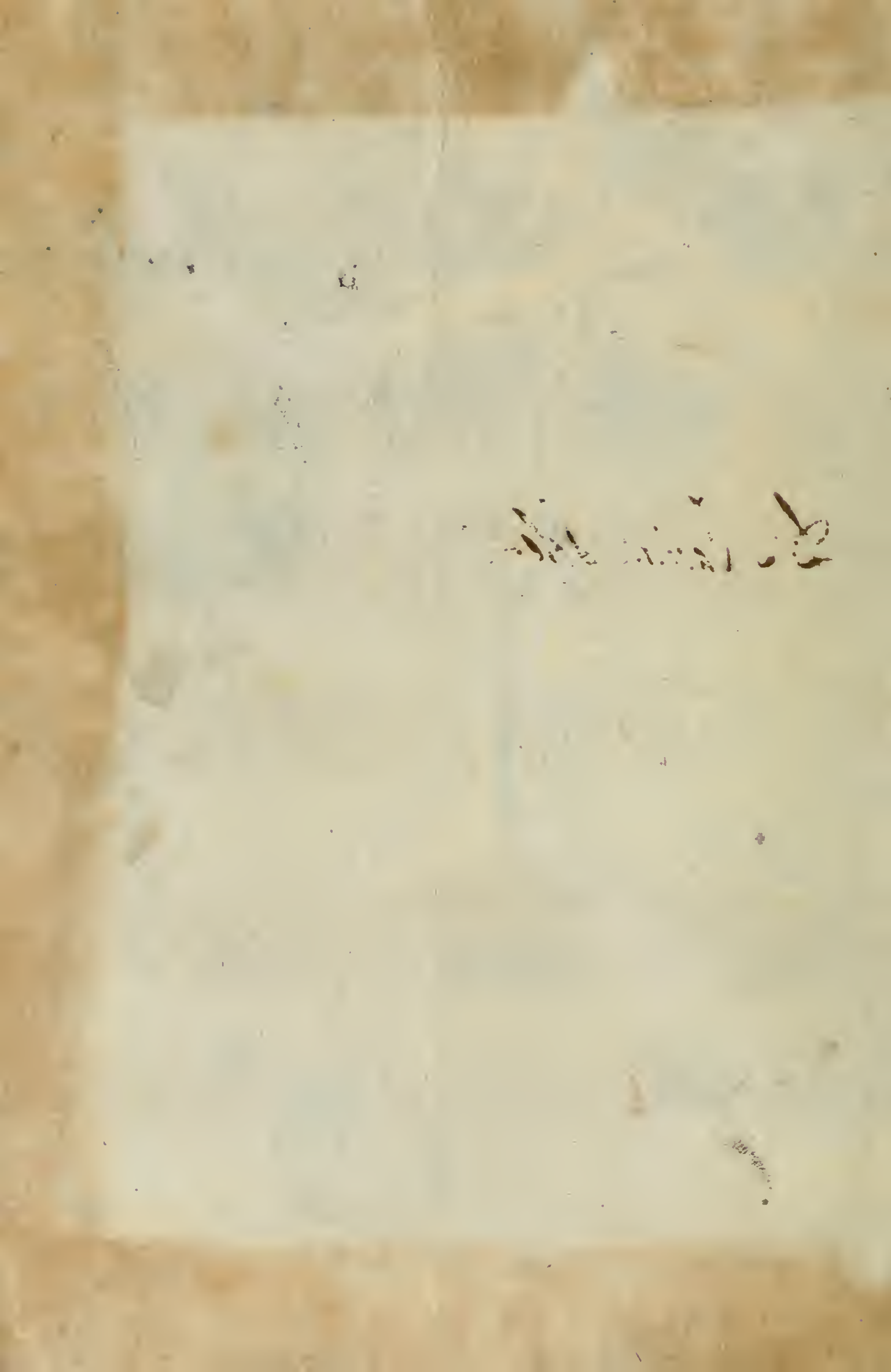

3 1761 08306418 8







Dn. Jacinto Soler

INSTITUCIONES
DEL DERECHO PÚBLICO GENERAL
DE ESPAÑA
CON NOTICIA DEL PARTICULAR
DE CATALUÑA
Y DE LAS PRINCIPALES REGLAS DE GOBIERNO
EN QUALQUIER ESTADO.

SU AUTOR

DON RAMON LÁZARO DE DOU Y DE BASSÓLS,

CANÓNIGO Y ARCEDIANO DEL VALLÉS DE LA SANTA IGLESIA CATEDRAL DE BARCELONA.

TOMO VI.

MADRID

EN LA OFICINA DE DON BENITO GARCÍA Y COMPAÑÍA.

Año de 1802.

Se hallará con los tomos anteriores en la librería de Dávila calle de las Carretas y en Barcelona en la de Ribas plazuela de Santiago.

Natura enim iuris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura: considerandae leges, quibus civitates regi debeant: tum haec tractanda, quae composita sunt, et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt, quae vocantur iura civilia. Cicero de Leg. lib. I. cap. V.



ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS, CAPÍTULOS

Y SECCIONES DE ESTE TOMO SEXTO.

LIBRO TERCERO.

DE LOS JUICIOS.

TÍTULO I.

De los juicios en general.

CAPÍTULO I.

De la definicion del juicio, sus divisiones, personas habilitadas para parecer en él, tiempo, modo y forma de conocerse y decidirse los pleytos.

1 Hasta aquí tenemos el derecho público como espada en vayna. Esta misma arma es preciso verla ya desnuda y empuñada por la justicia, para castigar á los delinqüentes, y para precisar con fuerza á los que de grado y buena voluntad no quieren cumplir con sus obligaciones en dar ó hacer lo que corresponde. El primero y segundo libro se ha dirigido todo á disponer el órden, con que han de estar las personas y cosas para el buen concierto y armonía en todo el estado, individualizando las obligaciones de cada persona, y lo que corresponde á cada cosa por lo que respecta al derecho público, suponiendo ya sabido por el estudio del derecho privado lo que cada uno debe hacer en fuerza de las obligaciones, que nacen de la patria potestad y domínica, de los contratos, quasi contratos, sucesiones ab intestato, y de toda especie de últimas voluntades, para no faltar á los derechos de propiedad y justicia. Pero por mas *Necesidad de los juicios.*

sabias, prudentes y claras, que sean las leyes, cada dia se ofrecen negocios revueltos é intrincados; que no pudiéron prever los legisladores.

2 Los que suspiran siempre por unas leyes terminantes y decisivas para todos los acontecimientos, que no den lugar á dudas, ni pleytos, tienen poco conocimiento y experiencia de la limitada capacidad del hombre, y poca práctica de los lances y circunstancias complicadas, que hacen variar infinito los mismos casos, de que habláron los legisladores, prescindiendo aun de la ocurrencia de los que se les pasáron y pasarán por alto, miéntras fueren hombres los autores de la legislacion. Aun en la ley dictada por el mismo Dios fué preciso consultar varias dudas sobre ella á su Divina Magestad, que por los secretos de su providencia, dió lugar á semejantes perplexidades. Á lo dicho se añade, que aun quando es clara y terminante la ley, la insuficiencia del particular, que ha de ceder, el interes y amor propio, y otros muchos prejuicios hacen parecer el aspecto de las cosas del todo diferente de el que tienen en realidad, miradas por quien no esté preocupado. Además muchos se niegan maliciosamente á cumplir lo que deben, y otros se precipitan al extremo de quitar á sus próximos los bienes, la salud, la vida y el honor, dexándose dominar de las pasiones, y rompiendo las barreras mas fuertes, que les tiene puestas el derecho civil, y aun la misma naturaleza.

3 Para qualquiera de estos casos es necesario un juicio, en que, oyéndose todo lo que conviene con las correspondientes justificaciones, se decida con madura reflexîon y autoridad lo que debe practicarse, ó ya se trate de los intereses de un

particular á otro, absolviendo ó condenando á alguno de ellos á cumplir con lo que debe, ó de interes del público, imponiendo la debida pena á los perturbadores del órden establecido entre las personas y cosas.

4 El tratado sobre estos juicios formará la tercera parte de esta obra, en que explicaré lo qué es juicio, las diferentes especies, que deben distinguirse, las reglas generales, que deben darse para todos, el principio, los procedimientos, y el fin de cada uno de ellos. El método, que me parece mas natural para tratar con claridad esta materia, es siguiendo el mismo órden, que llevan las cosas, quando algun particular por sus intereses, ó alguna persona pública encargada de zelar y hablar por los derechos de la sociedad acuden al magistrado, para que se haga lo que pretenden. *Método que se seguirá en la explicacion de los juicios.*

5 Juicio, hablando en general, es legítima discusion de pleyto entre acreedor y reo delante de competente magistrado. Esta definicion me parece, que incluye todo lo necesario para un juicio, conviene á saber las tres personas, actor, reo y juez, y todos los trámites del juicio hasta la final decision ó sentencia, comprehendidos en las dos palabras *legítima discusion.* Comunmente suele decirse, que son quatro las partes esenciales de un juicio, la citacion, la contestacion, el conocimiento de la causa, y la sentencia. Así lo sientan los autores, y entre estos Vinnio en el §. *ult. Inst. de Poen. temer. litig.* De la competencia del tribunal no tendré nada, que decir, quedando todo lo concerniente á este punto largamente explicado en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 1. *hasta la* 45. Solo debo advertir, que el magistrado, que por lo allí dicho consta ser competente, ha de abstenerse del co- *Definicion del juicio.*

nocimiento de la causa, quando alguna de las partes litigantes le recusa con justo motivo, ó la ley se lo prohibe: de este asunto trataré despues.

Division del juicio en civil y criminal.

6 Los juicios deben dividirse en civiles y criminales: los primeros se subdividen en ordinarios y extraordinarios, siendo de estos unos sumarios y otros executivos. Tambien es division general de los juicios civiles, la de que unos son reales y otros personales; la de petitorios y posesorios; universales, generales y singulares; simples y dobles; verbales y escritos. *Juicio civil se dice, quando se trata de cosa que lo es, sin tener orígen de crímen; y lo mismo, aunque proceda de él, quando principalmente se trata de utilidad privada, en que se aplique interes ó pena á la parte.* Así se define en el *num.* 3. §. 8. del *Juicio civil* de la *Curia Filípica. Juicio criminal se dice, quando principalmente se trata de crímen, que toca á la vindicta y utilidad pública, ibid.* No es fácil dar otra definicion, que aclare mas el asunto, siendo ya por sí bastante óbvia ó conocida la naturaleza de unas causas y de otras: unas mismas pueden ser civiles y criminales segun el modo, con que obra la parte, y usa de su derecho, como en asunto de cuentas, cuyo juicio, á pesar de ser por su naturaleza civil, puede ser criminal, tratándose de fraude y dolosa versacion, como trae entre otros Amigánt *decis.* 6. señaladamente en el *n.* 74., y Hevia Bolaños en el *num.* 39. *cap.* 9. *lib.* 2. del *Comercio terrestre* de la *Curia Filípica*: lo mismo puede decirse de otros casos. En las *decisiones* 35. 36. *y* 37. de Cortiada pueden verse muchas dudas y dificultades, que suelen ocurrir en órden, á si algunos negocios ó hechos son de juicio civil ó criminal, y lo que comunmente se opina, y está decidido sobre esto.

Division del

7 El juicio civil se subdivide en ordinario y

extraordinario. Ordinario es el juicio, en que se procede segun reglas de derecho y las solemnidades de él guardándose el órden regular. Extraordinario es el juicio, en que se dexa dicho órden y los trámites regulares. Este juicio extraordinario se subdivide en sumario y executivo. Hablemos primero del juicio sumario, y despues se indicará algo de lo que corresponde al executivo.

Juicio en ordinario y extraordinario, y subdivision de éste en sumario y executivo.

8 Aunque en todos los juicios se ha de procurar el despacho, como se dirá despues, con todo hay algunas causas privilegiadas en esta parte, de manera que no solo recomiendan las leyes, que se determinen luego, sino aun que, procediendo sumaria y simplemente, se desprecien los trámites regulares del ordinario, conociéndose sumariamente de ellas, como se lee en muchos textos del derecho romano y real. En la *ley* 5. §. 8. *Dig. de Agnosc. et alen. lib.* consta, que de la causa de alimentos se ha de conocer sumariamente: y esto mismo se infiere de otras leyes en quanto á causas de entierros, sueldos, posesion y otras. En general puede decirse, que son sumarias todas las que no sufren dilacion, y en que es necesario tomar prontas providencias, y terminar luego el juicio. De esto se hablará mas largamente despues quando se trate en particular de estos juicios, poniendo enumeracion individual de las causas sumarias, y se explique, en qué consiste la brevedad del despacho, ó el sumario y simple conocimiento sin estrépito ni figura de juicio.

De las causas sumarias.

9 Otros juicios hay, que no solo son sumarios, sino aun executivos, baxo cuyo nombre comprehendo los que empiezan por la execucion, esto es, por donde los otros acaban. Hay ciertas deudas privilegiadas, en que para facilitar el giro del comercio, ó por otros motivos de confesion de parte, de

De las causas executivas.

sentencia pasada en cosa juzgada, de obligacion contraida con facultad de que pueda el acreedor instar la execucion, basta que conste al juez de la deuda para executar al reo, sin oir otra excepcion, que la del pago ó satisfaccion del acreedor. De esto se hablará en título aparte, al qual me remito, bastando ahora lo dicho para la division general de los juicios, de que tratamos.

Division del juicio en definitivo y interlocutorio.

10 Tambien se divide el juicio civil en definitivo é interlocutorio. Definitivo se dice, segun el *numer.* 4. del §.8. *Juicio civil* de la *Curia Filípica*, *quando se da en razon de la causa principal, absolviendo ó condenando, ó haciendo otro proveimiento, con que se acaba, y da fin á ella.* Interlocutorio ibid. *es el que se da en razon de substanciar la causa principal, y todos los demas proveimientos, que se hacen en su discurso, y lo tocante durante su litis pendencia, hasta que se acabe en definitiva, y los demas anexos, y pertenecientes á ella.* En el citado §. y *número* del *Juicio civil* se pone tambien *Juicio mixto, quando el interlocutorio tiene vínculo y fuerza de definitivo, ó no se puede reparar por él por tener algun gravámen irreparable por el definitivo*: pero del mismo lugar consta, que esta especie de juicio se compara siempre con el definitivo, en el qual puede quedar comprehendido. Al hablar de sentencias, y dividirlas en definitivas é interlocutorias, se verá mas clara la diferencia, que hay entre lo interlocutorio y definitivo.

Division del mismo en petitorio y posesorio.

11 Otra division de los juicios es la de petitorios y posesorios: en el primero se trata de la propiedad de las cosas, y en el segundo de la posesion. Este debe preceder á aquel: y de su determinacion depende saber quién es actor, y de quién ó á quién debe pedirse la cosa controvertida. Esto hace preciso el juicio posesorio: por otra parte son muchas

las ventajas, que da la posesion, como que libra al que goza de ella del cargo de probar y de manifestar el título, con que se tiene la cosa poseida, *ley* 11. *Cod. de Petit. hered.*, *ley* 28. *Cod. de Rei vindic.*: en igualdad de causa ó de circunstancias da la posesion preferencia ó mejor derecho, *ley* 128. *Dig. de Reg. iur.*; y por consiguiente se tiene por mas favorable la causa del que posee, que del actor que pide, *ley* 125. *Dig. de Reg. iur.*: el poseedor hace suyos los frutos percibidos con buena fe, *ley* 48. *Dig. de Adquir. rer. domin.*: la posesion finalmente proporciona la adquisicion del dominio mediante la usucapion y prescripcion, como consta de largos títulos, que hay sobre esta materia en todos los cuerpos de legislacion. Por todos estos motivos la sola posesion exîge la atencion de un juicio particular, en que solo se conozca y decida quién tiene la posesion, dexando para despues el conocerse y decidirse, quien tiene el dominio de la cosa controvertida.

Subdivision del posesorio en plenario y sumario.

12 Deben distinguirse dos juicios posesorios: el uno posesorio plenario, y el otro posesorio sumario. En el posesorio plenario, siguiéndose todos los trámites de un juicio aunque sumario, se trata de la posesion, en que ha de quedar el que la logre declarada á su favor hasta la sentencia definitiva de la causa de propiedad: en el posesorio sumario con un sumario conocimiento de las cosas, y sin seguir los trámites del juicio, se manda, que no se turbe á alguno en la posesion, constituyéndose con esto actor la persona, á quien se dirige dicho mandamiento: esto se hace para que no se llegue á las manos, y se eviten riñas, confusiones, heridas, muertes y desórdenes muy temibles en semejantes contiendas sobre la posesion de una misma cosa. Así

explica y divide estos juicios Fontanella de *Pact. nupt. claus. 7. glos. 3. part.* 10. *num.* 14. *hasta el* 18.: y aun debe subdividirse el posesorio sumario, que otros llaman sumarísimo, como previene Cancér de *Manutent. num.* 1.

Subdivision del sumario en sumarísimo.

13 Dos, dice este autor *ibid. n.* 2. *hasta el* 5., son los modos de procederse en este posesorio sumarísimo: el primero, quando el juez con sumario conocimiento de la posesion sin citacion de parte expide despacho, ó letras, con las quales se ampara y defiende á alguno en la posesion de una cosa, mandando á otro, que no le turbe en ella: y el segundo, quando despues de empezado el pleyto, y lidiando las partes sobre la posesion, el juez sumariamente conociendo determina, quien ha de poseer pendiente el mismo pleyto de posesion.

14 Este segundo modo se estila mucho en Cataluña, segun se puede ver en Cancér en dicho *título num.* 3. 33. *y* 34., y en Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *num.* 33. *hasta el* 51. Antiguamente se suscitó sobre esto alguna dificultad por prevenirse en el usage *Alium namque del Dret del fisch*, que en Cataluña debe juzgarse *per directum*, esto es por el órden regular de los juicios, y porque se decia no haber de lo dicho exemplar: pero le habia sin duda; y ha estado siempre muy autorizado en esta provincia este modo de proceder, como consta del mismo lugar: el primer modo, dicen Cancér y Fontanella en los lugares citados, que está del todo desterrado de Cataluña.

De lo que debe probarse en juicios posesorios.

15 Estos juicios tienen lugar en qualquier asunto de posesion ó quasi posesion. Trae muchos exemplares de diferentes materias, en que puede recaer este juicio, Fontanella en el expresado lugar desde el *num.* 42. *hasta el* 51. y en la *decis.* 184. y siguien-

tes hasta la 187. Lo que se trata en estos juicios, y lo que debe probarse para la sentencia favorable, es la posesion en el tiempo de haberse movido el pleyto ó poco ántes: pues el haberse violentamente echado á alguno de la posesion no debe privarle de las ventajas de ella, sino ha habido conivencia, y luego se ha entablado el posesorio, Fontanella de *Pactis nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *num.* 51. *hasta el* 54. 71. *y* 72., Cancér *Part.* 3. *cap.* 4. *num.* 91. y siguientes: por esto los actos de posesion, que diéron motivo al pleyto, deben desestimarse del todo en este juicio; y solo ha de hacerse mérito de los de posesion pacífica, como cuerdamente advierten Fontanella en dicho lugar *num.* 56. *y* 57. y Cancér de *Manutent. num.* 75. *hasta el* 79. En estos juicios ha de tenerse particular cuidado en desaprobar y aun castigar, léjos de favorecer, todos los expresados actos, sin confundirlos con los pacíficos: pues quanto son estos acreedores á la proteccion de las leyes y de los jueces, tanto és justo reprobar los otros, para no abrir un portillo á violencias y desórdenes.

16 En estas causas de posesion suele ponerse, y es justo, que se ponga por las partes, la protesta, de que quanto se deduxere y probare relativo á méritos de propiedad, no es con ánimo de apartarse del posesorio, sino con el de corroborarle. Se hace dicha protesta con el fin, de que no parezca que, alegando ó probando la parte alguna cosa relativa á la propiedad de lo que se disputa, renuncia al juicio posesorio, como puede hacerlo qualquiera, y se entenderia que lo hace en este caso, Cancér *de Servitut. num.* 86. *De la protesta de no pasar á méritos de propiedad.*

17 Lo que es posesion, los diferentes remedios ó interdictos, que hay para la defensa de la posesion perdida ó turbada, los supongo sabidos de otra *De la posesion é interdictos, con*

que ella se defiende.

parte, correspondiendo en efecto el dar noticia de esto al derecho privado, por ser en algun modo los referidos interdictos un género de acciones, que dan las leyes á los particulares para la defensa y seguridad de sus derechos. En el estudio del público no corresponde tratarse de las acciones, que tienen los particulares, sino únicamente de los juicios, en que se ha de hacer uso de ellas y de las excepciones. Para esto debe bastar lo dicho: y quien quiera mayor conocimiento de este asunto puede fácilmente hallarle en los autores citados, y en el *cap.* 17. de las *Qüestiones prácticas* de Covarrubias, que citan á cada paso Cancér y Fontanella en los lugares expresados.

De los juicios reales, personales, universales, generales y especiales.

18 Por la naturaleza de las cosas, de que se trata en los juicios, pueden dividirse estos en reales, personales, universales, generales y especiales. Reales son, si se trata de derecho real, dirigiéndose la accion contra el poseedor; personales, si se trata de derecho personal, que es decir, de obligaciones de contrato ó quasi contrato, dirigiéndose la accion contra determinada persona; universales, quando el objeto del pleyto es la universalidad de bienes ó derechos, como una herencia; generales, quando lo es algun negocio ó cosa general, que comprehende varias especies, como una compañía ó administracion de tutela; y por fin especiales, quando lo es una especie determinada, como un campo, una casa ú otra cosa semejante. No hay que advertir en quanto á estos juicios por lo que respecta al derecho público, sino lo que ya está notado en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 4. *num.* 14. sobre la competencia de juez.

De los juicios dobles.

19 Mas conexîon puede tener con el derecho público, por lo que en éste á veces se trata de lo

que pertenece al actor y al reo, la division que ponen otros de juicios en simples y dobles: estos son los juicios, en que ambos litigantes son actores y reos, como los divisorios, en que se trata de separacion de herencia, y de qualesquiera otros bienes comunes, lindes ó mojones segun la *ley* 44. §. 4. *Dig. Fam. ercisc.*

De los juicios escritos y verbales.

20 Por fin de la forma y modo, con que se substancian los juicios, se dicen verbales, quando de palabra, sin formacion de autos, despues de oidas las partes, se hace la sentencia; y escritos, que son los mas regulares, quando se escriben todos los procedimientos del juicio, y se forma lo que llamamos proceso ó autos. El juicio verbal suele recaer en cosas de poca monta, en que justamente han considerado las leyes, que debia excusarse la formacion de autos, á fin de que no fuese peor el remedio, que el mal que debe curarse. Segun derecho romano en el *cap.* 3. de la *novela* 17. en asuntos de poca monta no deben formarse autos, mandándose en él, que breve y verbalmente se decidan semejantes causas. En la *ley* 5. *tit.* 8. *lib.* 2., y en las 19. *y* 24. *tit.* 9. *lib.* 3. *Rec.* está mandado, que en los pleytos de mil maravedís, y de ahí abaxo no haya apelacion, ni se formen procesos de escritos y alegaciones, ni se asiente sino la condenacion ó absolucion. Con la cédula de 6 de octubre de 1768, estableciéndose con ella en Madrid la division de quarteles, que despues se extendió á las capitales de provincia, en el *num.* 6. del *cap.* 1. se declaró, que la cantidad para los juicios verbales, de que puede y debe conocer cada alcalde en su quartel, ha de ser hasta quinientos reales de vellon en lugar de la de cien reales. En la instruccion, que se da relativa á las calidades, que han de tener los alcaldes y corregidores

de este reyno, la qual se lee en la gazeta de Madrid de 9 de enero de 1784, se previene, que han de excusar en lo posible dichos magistrados la compilacion de procesos, señaladamente en riñas de palabras y otras cosas de corta entidad, que aniquilan los vecinos, perpetúan la desunion y discordia, y dan pábulo á la codicia de los malos escribanos, alguaciles y demas dependientes de los juzgados. En nuestra *const. 6. de Caus. sumar.* se prevenia tambien, que las causas menores de diez libras se decidiesen sin formar proceso, escribiéndose solamente las sentencias en los registros de las causas verbales, y reduciéndose á escrito las declaraciones de los testigos. El juicio escrito es el que recae sobre las demas cosas, que no quedan comprehendidas en el número de las de corta entidad; y es el que se forma todo por escrito, sin despachar el juez, ni oir verbalmente, sino á los abogados, ó á las mismas partes en la vista é informes de la causa.

De las cosas substanciales del juicio en general.

21 Puestas ya las divisiones de juicios, sigámos la definicion, desenvolviendo lo que comprehenden sus palabras. Incluye mucho el nombre de *legítima*, y encierra todas quantas formalidades estan prevenidas por leyes en quanto al modo y á la forma de substanciar los autos, tanto por lo que respecta á las personas, que han de intervenir, tiempo y modo con que han de obrar, como por lo que toca á los trámites y curso, que debe seguirse, sin omitir nada de quanto han considerado conducente los legisladores, para asegurar el acierto en tan delicada materia, en que se trata de los bienes, del honor y de la vida de los hombres, procurando tomar todos los medios, que ha sugerido la prudencia, para evitar los sobornos, cohechos, colusiones, falsedades, ocultacion de la verdad, y toda especie de injusti-

cias y violencias á que quedarian expuestos los ciudadanos, si con el especioso nombre de tribunal y de juez podian encubrirse las pasiones particulares y la maldad.

De las personas que deben intervenir en el juicio.

22 En quanto á los que han de intervenir en el juicio, prescindiendo ahora del juez, escribano y dependientes de tribunal, y ciñéndonos á los litigantes, deben ser estos personas habilitadas para presentarse en juicio, de las quales hay un título particular en el Código de Justiniano *Qui legitimam personam standi in iudicio habent vel non.* La regla de este título y materia ha de ser, el dar por permitido el presentarse en juicio á todos, que no lo tengan expresamente prohibido por leyes. Estas excluyen á algunos por la qualidad de sus personas, á otros por falta de edad, y á otros por pena, á causa de las razones naturales y vistas en cada una de estas tres clases, sin que deba detenerme en explicarlas.

Los esclavos hijos de familia y mugeres no pueden presentarse en juicio sino con alguna modificacion.

23 Entre los primeros deben contarse por derecho romano, y por el de Partidas y Recopilacion, como se puede ver en el *Juicio civil* de la *Curia Filípica* §. 10. *num.* 3. 4. 7. *y* 9., los esclavos, los hijos de familia, y las mugeres á excepcion de algunos casos, en que las mismas leyes romanas permitian á las dos clases últimas tener intereses distintos y separados del padre de familias y del marido. Con licencia del marido la muger casada bien puede comparecer en juicio y no de otro modo, *ley* 2. *tit.* 3. *lib.* 5. *Rec.*, *y num.* 9. *del* §. *citado.* En muchos casos puede el juez dar á mugeres é hijos la licencia para presentarse en juicio, supliendo la que no quieran dar los padres y maridos, *num.* 10. *ibid.* Como el conocimiento de estos casos depende de la noticia del derecho privado, y por otra parte hay mucha variacion en este punto, teniendo ménos dependencia en el dia los hijos de

los padres, y las mugeres de los maridos por lo que respecta á intereses, no podemos contar dichas personas entre las incapaces de parecer en juicio, sino entendiéndolo con la restriccion significada, que es bastante ampliacion respecto de lo antiguo. El esclavo en órden al estado, en que se halla en calidad de tal, bien puede decirse, que no es persona legítimamente autorizada para comparecer en juicio aunque lo sea en quanto al estado, de que es natural ó súbdito: en éste no se les suele privar en el dia de los derechos, que les corespondian ántes de la esclavitud, como en tiempo de los romanos.

24 Los regulares, teniéndose por esclavos respecto de sus monasterios, tampoco se reputan personas hábiles para parecer en juicio, *num.* 3. §. 10. *Juic. civ. Cur. Filip.*

Del efecto con que pueden los menores presentarse en juicio.

25 Por falta de edad son inhábiles los menores, sino acompaña ó autoriza los procedimientos el tutor ó el curador, *ley* 1. *y* 2. *Cod. Qui legit. pers.*: de suerte que la sentencia, proferida contra menores indefensos, es absolutamente nula, sin que se necesite de restitucion *in integrum*, *ley* 4. *Cod. Si advers. rem iudic.*, aunque bien puede valer, quando se hubiere pronunciado á favor de ellos, *ley* 14. *Cod. de Procurator*: pues en este caso, por lo que respecta á la otra parte colitigante no milita ninguna razon, que pueda favorecerle, y por lo que toca al menor no es justo, que lo que se ha introducido á su favor, haya de trocarse en ódio y perjuicio del mismo. Todo esto está generalmente recibido en todas partes, y en nuestro reyno con la *ley* 1. *tit.* 3. *part.* 3. prescindiendo de otras.

Se les puede y debe obligar á que nombren curador.

26 Tambien lo está el que á instancia del interesado en la causa, siempre que haya menor en ella, se le obligue á nombrar curador para el pley-

to, porque es general esta excepcion y la regla, de que *inviti adolescentes curatorem non accipiunt praeterquam ad litem*, §. 2. *Instit. de Curat.*, *ley* 7. *y* 11. *t.* 2. *part.* 13. Por las leyes de Recopilacion, segun se ha dicho en el *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. *num.* 22., no es preciso acudir á la excepcion, porque no tiene lugar la regla. Por lo mismo el primer cuidado del que ha de litigar con menor debe ser el de que se le señale curador, para no exponerse á gastar tiempo y dinero en vano, solicitando una sentencia, que al fin seria nula, *ley* 45. §. 2. *Dig. de Re iudicata*, Fontanella *decis.* 273. *num.* 8. En dicho caso se solicita, que se nombre tutor á sí mismo el menor, y que no cumpliendo lo haga el juez de oficio, como se executa; proponiendo alguna vez el mismo colitigante persona idónea, y ofreciendo informacion de que lo es, Fontanella *ibid. num.* 13.

Lo mismo en quanto á los furiosos y pródigos, y á cosas de persona desconocida.

27 La misma solicitud debe tenerse, quando se trata de furioso ó pródigo, ó de otro qualquiera, que no pueda administrar por sí, y cuidar de sus bienes, ó quando falta, ó no es conocida la persona, contra quien debiera dirigirse la accion, pidiéndose que se nombre curador de los bienes indefensos, que se pretenden, *ley* 12. *tit.* 2. *part.* 3.: pero en éste y en todos los demas casos, en que no es cierta y conocida la persona, contra quien se ha de obrar, es mas seguro, que se haga el emplazamiento por edicto, instando despues, si no comparece persona ninguna, que se nombre curador de los bienes indefensos. Todo lo dicho está conforme con lo que se lee en el *Juicio civil* de la *Curia Filípica* §. 10. *num.* 8. 11. *y* 12.: allí se dice, que en causas espirituales y beneficiales puede ser persona hábil el menor, y que lo hecho en su daño en juicio, en que no hubiere tenido curador, puede valer rati-

ficándolo con juramento: la regla general en esta materia es que no puede ser válido el juicio sin legítima contradiccion ó defensa de reo.

El tutor debe justificar su tutela.

28 El tutor, para ser oido en nombre del huérfano, ha de justificar su empleo ó cargo, así como el procurador el mandato, *ley 1. tit. 3. part. 3.*

Los hereges descomulgados y deportados no pueden presentarse en juicio con alguna modificacion en los últimos.

29 Por pena los hereges y descomulgados con excomunion mayor en fuerza del *cap. 5. de Exceptionibus*, adoptado tambien por derecho de España, no pueden parecer en juicio, ni ser oidos, sino que sea en defensa, §. 10. *Juic. civ. Cur. Fil. num. 2.* De la *ley 17. §. 1. Dig. de poenis*, y de otras se inferia, que tampoco podian presentarse en juicio los deportados á una isla, y los condenados perpetuamente á obras públicas. Esto por jurisprudencia romana era porque se perdian con dichas penas todos los derechos de propiedad y dominio, haciéndose esclavos de la pena los que la padecian: principio, que no milita en nuestro sistema: y por consiguiente pueden muy bien los referidos entenderse capaces de comparecer por sí ó por procurador en juicio, aunque para otorgar los poderes, como para qualquier obligacion, necesitan de licencia de su superior, como se verá en otra parte. Sobre esta materia puede verse el citado §. 10. del *Juicio civil* de la *Curia Filip.*

Puede qualquiera presentarse en juicio por sí ó por procurador, y diferencia en esto del derecho antiguo.

30 Todas las personas, habilitadas para presentarse en juicio, pueden comparecer por sí ó por medio de legítimo procurador, presentando éste su mandato. Antiguamente, como consta de la *ley 2. §. 6. Dig. de Orig. iur.*, tenian los romanos determinadas fórmulas para usar de ellas las partes en juicio, á las quales, despues de haberlas pedido al magistrado para entablar la demanda, debian escrupulosamente ceñirse, en términos, que discrepando un punto el demandante en pedir mas de lo que

correspondia por razon de la cosa, del lugar, del tiempo, ó de la qualidad lo perdia todo, §. 33. *Inst. de Action.*: este método parece, que era injusto, y por otra parte muy embarazoso, porque no podia usar de la fórmula, como consta de la *ley* 123. *de Div. Reg. iur.*, sino el mismo interesado, á cuyo favor estaba concebida, como *aio hanc rem meam esse ex iure quiritium.* Esta complicacion y embarazo de cosas no podia subsistir, y los mismos romanos tuviéron precision de afloxar en esta parte, admitiendo el uso de los procuradores en juicio: pero, para que estos pudiesen usar de la fórmula del principal, pensáron los jurisconsultos una ficcion, ó un medio de pasarse al procurador el dominio del pleyto: así consta de la *ley* 4. §. 3. *Dig. de Alienat. iudic. mut. caus. facto*, y de infinitas otras, que hablan del mismo dominio. Con relacion á éste podia ya el procurador poner la demanda y fórmula en los mismos términos, en que habria usado de ella el principal, como se ha dicho en el *libro* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 48. Finalmente despues se quitó tambien, como consta de las dos leyes del título del Código de *Formulis*, la necesidad de pedir la fórmula al magistrado, y la escrupulosa exâctitud de ceñirse á sus palabras las partes.

Vestigios que quedan de dicha diferencia.

31 No obstante todo esto quedan en la jurisprudencia romana algunos efectos y vestígios de las antiguas fórmulas, y del dominio de los procuradores en muchos textos, que no es facil entender á quien no esté muy versado en el conocimiento de las antigüedades romanas: y debe esto advertirse, como se ha prevenido en dicha *sec.* 48., para evitar tropiezos en la inteligencia de varias leyes romanas, que indiscretamente se acomodan algunas veces á nuestro derecho.

En el dia queda abolida la escrupulosidad de las fórmulas antiguas.

32 No se ha de pedir en el dia fórmula á magistrado: no se ha de atar á ella el demandante: ni se ha de fingir dominio de la causa en el procurador. La demanda, y las excepciones han de ser únicamente acomodadas al negocio, de que se trata, expresándose la accion, de que se hace uso, como la vindicativa, la de compra ó venta, ó la que corresponde: y tanto en ella, como en todas las peticiones, suelen añadir las partes que piden, como mas en derecho haya lugar. Esta cláusula enmienda qualquiera defecto, é incluye qualquier accion, recurso, remedio, y especie de derecho, que pueda tener por qualquier camino el litigante: y al hablar de magistrados *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 2. *n.* 37. ya se ha visto, que el juez debe suplir la falta, que padezcan los abogados ó las partes en no pedir lo que resulta á su favor de los autos.

El poder del procurador debe habilitarse por el abogado de la parte, y de qué provendrá esto.

33 Lo que se estila en nuestros tribunales, especialmente en los mas autorizados, como consejos, chancillerías y audiencias es, que al pie, al dorso, ó márgen del poder, que presenta el procurador, subscribe el abogado de la misma parte, que otorgó los poderes: *este poder es bastante para pleytos.* Así está mandado en la *ley* 24. *tit.* 16., en los *autos* 5. *y* 12. *tit.* 17. *lib.* 2. *Aut. Acord.*, y en la *orden.* 310. de las de nuestra Audiencia; sopena de que, si por falta de poder se anulare el proceso, sea condenado el abogado en costas y daños.

34 Creeré, que antiguamente se moviesen sobre esto incidentes embarazosos, ó algunas dudas, despues de haberse rematado, ó estando ya muy adelantadas las causas, sobre si el poder era ó no bastante: cosa, que podria ser de grandísimo perjuicio, frustrando todos los esfuerzos de los litigantes con perjuicio irreparable de tiempo y de dinero.

De lo que dice Cancér de *Procuratoribus* desde el *num.* 59. *hasta el* 71. es fácil de conocer la multitud de dudas, suscitadas en muchos pleytos despues de estar ya rematados, sobre si el apoderado supuesto lo era en realidad, y sobre las facultades de su mandato, y que por esto mismo se mandó en nuestra constitucion *ultima de Procuradors*, que ningun escribano admita pedimento de quien se presente con título de procurador, si no hace manifestacion de él, entregándole para ponerle en autos: se impone al escribano, que no cumpla con esto, pena de privacion de oficio, y enmienda de perjuicios á la parte, que padeciere daño. Dice el citado autor, que freqüentemente sucedia en su tiempo, que el pleyto se contestaba con alguno, suponiéndose procurador, sin presentarse en autos los poderes, y que despues de empeñada ya la causa ó tal vez rematada, se oponia que no era en realidad procurador el que se habia supuesto serlo. En el dia por derecho general, como se ha dicho en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51. *num.* 55., no pueden los escribanos recibir escritos, en que se digan exhibir instrumentos si estos no se presentan: la precision de firmar el propio abogado de la parte por bastante el poder puede impedir otros inconvenientes, que no se precavian con nuestra constitucion.

El procurador debe dar caucion quando se duda del mandato.

35 Quando se duda del mandato, ó de si alcanzan los términos, en que él está extendido, para pleyto, puede ser compelido el procurador á dar la caucion que llaman, *ratam rem dominum habiturum*, esto es, que aprobará sus procedimientos el principal. Esto se funda en argumento de comparacion de lo que se dice en la *ley* 3. §. 2. *Dig. Ut. in posses. leg.*, y en la *ley* 1. *Cod. de Procurat.*: lo mismo se dice de los parientes, que obran en fuerza de man-

dato presunto, como luego se dirá, pudiendo ellos comparecer en juicio sin mandato especial, *ley* 35. *y* 40. §. *ult. Dig. de Procurat.*, *ley* 10. *tit.* 5. *part.* 3.: se extiende la misma doctrina á otros apoderados, en quienes milite igual razon.

Acepta el poder, y jura.

36 En Castilla, segun parece de la *Práctica* de Salazar *part.* 2. *pag.* 146., el procurador al pie del poder, que presenta, firma que le acepta, y jura cumplir con la obligacion de su oficio: en Cataluña no parece, que se estile esto: la misma solicitud de presentar el poder se tendrá por aceptacion; y para cumplir se habrá tenido por suficiente el juramento hecho en el ingreso de su oficio, ó el que en los tribunales colegiados y autorizados suelen prestar en el principio del año todos los empleados en tribunales. No obstante en el dia por lo ménos en la Audiencia juran tambien en cada causa los procuradores segun tengo entendido. El aceptar y jurar en cada causa parece ciertamente mas arreglado.

De quien puede ser procurador, y de sus obligaciones.

37 Procurador puede serlo qualquiera, á quien no esté prohibido que lo sea, como se dice en la *Curia Filípica Juicio civil* §. 10. *num.* 18., en el qual y en los siguientes números hasta el fin, y en Cancér *de Procurat.* se habla de esta materia, y de la fuerza del mandato para pleytos, en que no me detengo, por ser cosa de derecho privado segun mi sistema, remitiéndome por lo que respecta á las obligaciones de los procuradores al *tit.* 9. del *lib.* 1. *cap.* 9. *sec.* 48.

Los parientes tienen presunto mandato.

38 Por la *ley* 35. *y* 40. *Dig. de Procurat.*, y la 10. *tit.* 5. *part.* 3. es evidente, que los parientes pueden presentarse en juicio para defenderse, y obrar unos en nombre de otros, suponiéndose por la ley mandato para ello: en la citada *ley* 10. se puede ver, que los parientes por consanguinidad

hasta quarto grado, el marido por la muger, los suegros, yernos y cuñados entre sí respectivamente, tienen presunto mandato para demandar en juicio, y defenderse recíprocamente en él unos á otros. En dicho §. 10. *Juic. civ. num.* 30. y en otros autores se ponen en la misma clase el patrono y liberto y los socios en compañía y herencia. Por derecho civil, al qual se refiere Cancér *de Procur. num.* 137., en las *leyes* 1. §. *ult. Dig. de Postulando y* 35. *Dig. de Procurator.*, tienen presunto mandato los ascendientes, los hermanos, los parientes por afinidad, patronos y libertos.

Muerto el procurador se ha de citar al principal, y muerto éste á su sucesor.

39 Muerto el procurador se ha de citar el principal, y muerto el principal se ha de citar su sucesor: no puede seguir en el dia el procurador sin nuevo mandato. La diligencia de esta nueva citacion está mandada en nuestra *constit.* 6. *de Citacions*: y es menester atender á ella, y en general á la abolicion del dominio del pleyto traspasado antiguamente al procurador, de que se ha hablado en el *num.* 30.: pues segun el fingido dominio, podia en conformidad á la jurisprudencia antigua proseguir el procurador por algunas leyes, que pueden verse en Fontanella *decis.* 566. *y* 567., notándose en la misma la variacion de estos tiempos.

Los procedimientos judiciales se han de hacer en dias jurídicos, y quales sean los feriados.

40 La legitimidad de la discusion respectiva al tiempo exîge, que todos los autos y procedimientos judiciales se hagan en dias jurídicos ó no feriados. En el *tit.* 9. *cap.* 8. *sec.* 3. del *libro* 2. ya he hablado de los dias festivos, en que han de cesar los hombres del trabajo ordinario, para vacar á la contemplacion de las cosas divinas, y al honor de los santos. En estos dias es natural, que cesando todas las demas tareas humanas, en que se ocupan los hombres, estén tambien cerrados los

tribunales, y suspendido el curso de los negocios de justicia, llamándose por esto mismo feriados. No solo los hay por causa de religion, sino tambien por respectos temporales, como los que habia antiguamente en tiempo de la siega y de la vendimia, en los quales, para no distraer á las gentes de estas tareas sumamente interesantes, estaban cerrados los tribunales, *ley* 1. *Dig. de Feriis*. En el mismo número deben contarse los que suele haber en algunas partes en dias de fundacion de imperio, ó de otras épocas memorables, y los estivales en tiempo de intemperie ó de mucho calor en algunos lugares.

41 El Sr. D. Fernando VI. por real decreto de 1 de febrero de 1747 reformó algunos dias feriados; y en 31 de diciembre de 1749, en atencion á que los relatores y abogados necesitaban para trabajar de dias feriados, mandó guardar otra vez las fiestas quitadas, que se pusiéron en una minuta, mandándose, que en audiencias y chancillerías no hubiese mas dias feriados, que en la corte: y se formó la razon, que con todo lo referido se lee en el *cap.* 4. de la *Colec. de Mem. y notic. del Cons.* de Martinez Salazar. Posteriormente con nuevo decreto de 29 de marzo de 1789 reduxo S. M. los feriados de todos los tribunales á las fiestas, que la Iglesia celebra como de precepto, aunque solo sean de oir misa, á las de la Vírgen Nuestra Señora con las advocaciones del Carmen, los Angeles, y el Pilar, en los dias 16 de julio, 2 de agosto, y 12 de octubre, y á las vacaciones de Resurreccion, Navidad y carnestolendas, limitando las primeras desde el domingo de Ramos hasta el mártes de Pasqua, las de Navidad desde 25 de diciembre hasta el primero de enero siguiente, y las de car-

nestolendas hasta el miércoles de ceniza: se excluyéron todos los demas.

42 De unos y otros feriados eclesiásticos y civiles, que así podemos distinguirlos, los hay que son fixos, determinados y ordinarios, como los referidos, y otros extraordinarios, por alguna causa que sobreviene, como de peste, calamidad, epidemia ó alegría pública, *ley* 26. §. 7. *Dig. Ex quib. caus. maior.* Sentado esto, y que los dias del año deben distinguirse en jurídicos, que así llama la *ley* 7. *Cod de Feriis* á los de administracion de justicia, en que estan abiertos los tribunales, y en feriados, digo, que todos los actos judiciales deben hacerse precisamente en dias jurídicos, de manera que si se hicieren en feriados son absolutamente nulos, *ley* 1. §. 1., *ley* 6. *Dig. de Feriis*, *ley* 2. *Cod. de Feriis.* Consta esto mismo de otras muchas leyes, de la 34. *tit.* 2. *part.* 3., de la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 8. *num.* 6., y de Calderó *decis.* 157. *num.* 5.

En cosas, que no sufren dilacion, pueden habilitarse los dias feriados para actos judiciales.

43 De esta regla deben ponerse algunas excepciones. La primera en los asuntos, que no sufren dilacion, en los quales pueden habilitarse los dias feriados para actos judiciales, señaladamente los que son meramente civiles, *ley* 1. §. 2., *ley* 2. *y* 3. *Dig. de Feriis*, *ley* 35. *tit.* 2. *part.* 3., *Cur. Filíp. Juic. civ.* §. 8. *num.* 6., Calderó *decis.* 157. *num.* 12. y siguientes, Peguera *cap.* 53. *num.* 11. *hasta el fin.* Segun la qualidad de la urgencia pueden habilitarse tambien los feriados eclesiasticos, como puede verse en el *cap. ult. de Feriis*, y en los autores citados: para esta habilitacion se necesita de mas causa, y tanto mayor, quanto mas privilegiado y clásico fuere el dia festivo, que se habilita.

Estan generalmente ha-

44 Por esta misma excepcion de poderse habilitar los feriados para actos judiciales en causas,

bilitados para los de causa criminal.

que no sufren tardanza, está generalmente recibido con atencion á lo que interesa la vindicta pública en no diferirse el castigo de los culpados, que en dichos dias puedan hacerse todos los actos y procedimientos judiciales en causa criminal: y en la *ley penúltima Cod. de Feriis* se dice, que ni en el santo y venerable dia de Pasqua debe ser exceptuado el poner á los ladrones en qüestion de tormento. De esto se hablará al tratar de las causas criminales.

Lo estan tambien para actos de voluntaria jurisdiccion.

45 La segunda excepcion es en los actos de voluntaria jurisdiccion, que pueden muy bien hacerse en dias feriados, *ley* 2. *y* 8. *Cod. de Feriis*, como la emancipacion y la manumision, que son los dos exemplos, que traen las leyes citadas. Concuerda la *ley* 35. *tit.* 2. *part.* 3.

Pueden habilitarse tambien por consentimiento de las partes.

46 Otra excepcion puede haber por consentimiento de las partes: mediante éste, segun parece de la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Feriis*, no quedan nulos los actos judiciales, hechos en feriados meramente civiles ó temporales: que por lo que toca á los otros no puede obrar este efecto el consentimiento de las partes, Calderó *decis.* 157. *num.* 6. *hasta el* 12.

Los actos judiciales deben hacerse de dia.

47 En quanto al tiempo exîge la legitimidad del juicio, que todos los actos judiciales se hagan de dia ántes de ponerse el sol, como coligen los autores de la *ley* 2. §. 31. *Dig. de Orig. iur.*: está en esto conforme la práctica de los tribunales.

Deben hacerse con asistencia de escribano.

48 La legitimidad de discusion respectiva al modo pide tambien la asistencia de escribano segun el estilo de todas partes en conformidad al *cap.* 11. *de Probat.*, con el qual concuerda la *ley* 7. *tit.* 4. *part.* 3.: de otro modo no constaria de nada, no habiendo persona legítima, para levantar los

autos de diligencia, certificar la entrega de instrumentos, pedimentos y presentacion de testigos, y hacer todo lo que correspondiese, para quedar memoria de los hechos. Aunque estos por medio de testigos pudieran justificarse en algun caso rarísimo, es cierto, que seria esto de poco uso, y que, aunque no sea de la esencia del juicio la asistencia del escribano en el modo indicado, no puede cómodamente substanciarse sin él: con relacion pues al estilo regular, con que se forman los procesos, especialmente por escrito, se pone aquí como precisa la intervencion del escribano.

Quando en ellos deben intervenir testigos.

49 En los autos judiciales se dice en la *Curia Filíp. Juic. civ.* §. 8. *num.* 7., que no se han de poner testigos, sino en los que haya estilo. En el *tit.* 2. *cap.* 10. *sec.* 4. ya se verá, que una sola persona está habilitada y autorizada por las leyes en diferentes asuntos para dar por sí misma fe de los hechos.

Todo lo que se escribe en los juicios ha de ser en papel sellado.

50 No solo es necesaria la asistencia del escribano en quanto al modo, sino tambien el uso del papel sellado: pues con decreto de 17 de enero de 1744 se mandó, que en todos los tribunales se presenten las peticiones, consultas y memoriales en papel sellado, que corresponda segun la pragmática de 1637, y que en el mismo se hagan las propuestas de oficios de justicia y otros empleos publicos, *aut.* 26. *tit.* 25. *lib.* 4. *Aut. Acord.* En la *ley* 44. y 45. *tit.* 25. *lib.* 4. *Rec.* está la especificacion de sellos, que corresponden á cada escritura ó despacho.

En ningun asunto debe admitirse instancia ni memorial sin fecha y firma.

51 Relativa al modo, y correspondiente á la gravedad del juicio, y á la debida precaucion para que no queden eludidos los procedimientos, puede considerarse la circunstancia mandada en las leyes, que voy á citar. Con real provision del Consejo de

18 de julio de 1766 de resultas del abuso, con que algunos infamaban y calumniaban separándose de los medios y conductos legales, se mandó, que ni en asuntos de gracia ó gubernativos, ni en los de justicia se admitiesen memoriales sin fecha ó sin firma en conformidad á la *ley* 64. *tit.* 4. *lib.* 2. *Rec.*, cuya observancia se renovó: en esta ley se mandó tambien, que no se admitiesen memoriales sino de la misma parte conocida, ó de legítimo apoderado, obligándose con fianzas á probar lo que se dice, sopena de las costas, que se causen, y de la pena correspondiente: ya ántes de esta providencia de 1766 habia mandado lo mismo el Sr. D. Fernando VI. con decreto de 1 de enero de 1747, que trae Martinez Salazar *Col. de mem. y not. del Cons. cap.* 4., previniéndose que aunque en el modo correspondiente por legítimas personas se hubiese hecho delacion no por esto se despache juez para la averiguacion: *porque en esto*, dice S. M., *se ha de tener mucha templanza.* En la *condicion* 44. de las del quinto género de millones está tambien prevenido lo mismo.

Debe todo presentarse firmado de abogado.

52 Perteneciente tambien á la legitimidad en quanto al modo en la discusion del juicio debe considerarse la circunstancia, de que no se admitan súplicas, artículos, ni pedimento alguno judicial, sin la firma de abogado. Así consta de la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 2. *Rec.*: lo mismo se mandó en Cataluña con el *cap.* 66. de las cortes de 1599., y en una resolucion de la Audiencia juntas las tres salas de 29 de agosto de 1613, que cita Cortiada *decis.* 18. *numer.* 79., exceptuándose solamente los pedimentos relativos á recusacion de juez. En lo relativo á causa propia se admiten con la sola firma de la parte, *ley* 1. §. 5. *Dig. de Postulando*; *ley* 3. 4. 5. *tit.* 16.

part. 3. en donde no hay clase ó colegio de abogados y procuradores en el modo, que se ha dicho en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 47. *num.* 8. *sec.* 48. *num.* 3.

53 En las causas criminales todas las personas públicamente asalariadas deben trabajar de oficio, sin emolumento ni derechos, excepto quando por reglamento particular le tuvieren señalado para alguno de dichos casos. Esta obligacion en quanto á dichas personas queda ya advertida en el primer *libro tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51. *num* 45. *y* 61. y en varias partes. Si al fin del juicio se condena en costas y gastos del pleyto al reo ó al actor, el condenado entónces debe pagar á las indicadas personas los derechos correspondientes : pero fuera de estos casos ha de obrarse de oficio. En las causas civiles cada parte debe pagar sus costas, y por lo que toca á decretos, sentencias y diligencias judiciales comunes á ambos litigantes, se paga por una y otra la mitad, sino hay quien esté condenado en costas : si le hay, debe pagarlo todo el condenado. Antiguamente en Cataluña cada litigante pagaba la mitad, no solo de las costas comunes á los dos colitigantes, sino tambien de las particulares, que se hiciesen : y habiéndose experimentado de esto varios abusos, con que se vexaba á las partes, se mandó con la *const.* 3. *de Despesas de plets*, que cada parte pagase lo que correspondia por los instrumentos, testigos y pedimentos que presentase.

Quién y cómo debe pagar las costas.

54 No solo en las causas de oficio, sino tambien en las de instancia de parte, deben despachar sin derechos ni emolumentos las personas públicas, que intervienen en el juicio, quando el litigante es pobre y miserable. En estos casos es interes del pú-

Las personas miserables cómo litigan en quanto á costas, y quiénes son.

blico amparar y precaver, que los pobres por falta de medios no queden abandonados y oprimidos con la prepotencia de los poderosos. De la *ley* 28. *tit.* 5. *lib.* 2., y de *la* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.* consta, que á los pobres litigantes no se les han de llevar derechos; y de la *quinta parte segunda instancia* §. 2. *num.* 7. de la *Curia Filípica* parece, que los pobres, á quienes se concede este favor por dichas leyes, son los que suelen llamarse de solemnidad, y que los hospitales y monasterios han de ser tratados como pobres en esta parte sin llevarse derechos á unos ni otros por los escribanos, ni el fisco.

Los que se entienden miserables en quanto á dicho efecto en Cataluña.

55 En nuestra *const.* 3. *de Pobres pledejants* se manda, que nadie puede litigar como pobre, sino el que lo es realmente, no solo con respecto á la qualidad de la persona, sino tambien á la de los bienes, dexandose salvo el derecho á los hospitales y lugares religiosos. Nuestra Audiencia parece, que ha entendido esta constitucion en términos, de que solo se entiendan pobres para el efecto, de que tratamos, los miserables, como los que piden limosna, los que se hallan faltos de propio auxîlio, los mancos y estropeados, que no pueden valerse, y algunas veces las mugeres, que sirven de criadas, pendiendo esto del arbitrio del juez, Tristany *decis.* 69. *num.* 5.: los hospitales para este efecto deben tambien considerarse personas miserables, como se ha dicho hablando del derecho de Castilla; y en quanto al de Barcelona hay dos declaraciones reales en dicha decision *num.* 6. Del *num.* 11. *hasta el* 15. *ibid.* consta, que deben contarse en la misma clase de personas miserables los religiosos capuchinos; y desde el *num.* 15. hasta el fin, parece lo mismo en quanto á franciscanos. En general en la misma constitucion citada se de-

xó salvo el derecho á los hospitales y lugares religiosos. En la *const.* I. *de Pobres pledejants* se dice, que los litigantes como pobres son libres del derecho del sello: en el *num.* 7. *y* 8. de la citada decision se trata algo de lo que da el litigar como pobre.

Los que han de trabajar de valde á favor de dichas personas.

56 En general parece que debe sentarse, que todas las personas públicas de juez, abogado, procurador, escribano, portero y qualquier otro dependiente, han de hacer de valde lo que les corresponde por razon de su oficio, sin perjuicio de cobrar en caso de ganar ó conseguir bienes el litigante. De lo mismo, y de la ley y constitucion citada debe deducirse, que no han de pagar nada de derechos pertenecientes al fisco. En quanto á papel sellado se les permite usar del que hay particular, y ya se llama para pobres.

Indicacion de los trámites del juicio.

57 Todo lo que suele comprehenderse en nombre de trámites de juicio puede considerarse incluido en la *legítima discusion.* Son ellos muchos, como la citacion, la contestacion, los términos de prueba, la publicacion de probanzas, la conclusion y otros semejantes, de que tratarémos separadamente, y con individuacion en los siguientes títulos.

De quien es juez competente para decidir en el juicio.

58 En quanto á competente magistrado no queda nada, que añadir, hallándose, como he dicho, en el *lib.* I. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* I. *hasta la* 45. una larga explicacion, de quien lo ha de ser en qualquiera causa. Repito lo dicho en el *n.* 5., que el que lo fuere por razon ó ley, explicada en dicho capítulo, puede ó debe dexar de serlo, habiendo justa causa de recusacion, que es una de las excepciones, que pueden oponer las partes contra el juez, que no concurriendo dicha causa seria competente:

de esto, y de quién debe conocer en dicho caso, se tratará en el *tit.* 2. *cap.* 4. *sec.* 1.

CAPÍTULO II.

De diferentes cosas comunes á distintos lugares de un juicio, como traslados, dilaciones, seqüestros, embargos, requisitorias y pronto despacho.

De lo general á todo juicio.

1 Lo que voy á tratar en este capítulo, como todo lo demas que notaré en los siguientes, queda arriba comprehendido con el nombre de *legítima discusion*: pero, para que no se embarace lo general con lo particular, aquí se pondrán algunas cosas en general, que se ofrecen en diferentes lugares de los autos, y casi en qualquier estado, en que se halle el pleyto, sea civil ó criminal: despues se hablará de lo que corresponda en particular, segun el curso de la causa con distincion de juicios.

En todo deben oirse las partes.

2 El método mas regular, y bien natural para no errarse ningun procedimiento en juicio, es el de oir á las partes interesadas en qualquiera cosa, como ya previene que se haga la *ley* 47. *Dig. de Re iudicata*, y la 71. *Dig. de Reg. iur.*

Del traslado, que se da para dicho fin en Castilla.

3 De aquí es, que presentándose el reo emplazado, se le ha de dar traslado de los autos, y que lo mismo debe practicarse siempre que ó por razon de los términos, que da la ley para la contestacion, réplica, duplica publicacion de probanzas, alegatos de bien probado, ó por razon de mudanza de abogado, ó de haber muerto el reo, y entrar otro en la sucesion de sus bienes, debe ser oida la parte en lo que tenga que proponer para su defensa. El *traslado* en Castilla vale lo mis-

mo que : *trasládense los autos , ó pasen del oficio del escribano á poder de la parte ó de su procurador.* En Cataluña suele usarse del nombre de traslado para significar lo que luego diré.

Del término con que és suele concederse y prorrogarse en Castilla.

4 El término regular del traslado por la *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.* parece ser el de seis dias: mas segun el estilo de muchos tribunales , que siempre debe en esto y en otras cosas semejantes atenderse , es de tres : á instancia de la parte , volviéndose los autos quando ha fenecido ya el término del traslado , se suele conceder nuevo término de quince , veinte , treinta dias , ó mas ó ménos , segun el volúmen de los autos , y las circunstancias, que ocurran. Los tribunales ordinarios conceden regularmente hasta tres términos , estrechándose estos sucesivamente , y poniéndose en el último decreto la expresion de concederse el término *con denegacion de otro*: pero aun en este caso se suele apelar á la equidad , y mediante ella pedirse y concederse otro término : quando éste se concede es regular poner la expresion de que *no se admita mas pedimento* ; y así se executa. Los tribunales superiores no suelen tener tanta indulgencia : y en la segunda solicitud relativa á la concesion de nuevo término , y alguna vez en la primera , suelen ya decretarle con alguna de dichas dos cláusulas. Todo esto pende del prudente arbitrio del juez.

Del tiempo en que se admiten escritos en Castilla.

5 Tampoco suelen admitirse en Castilla escritos , ni presentarse por las partes , sino quando estas habiendo usado del traslado vuelven los autos , ó quando ocurre alguna cosa particular , y nueva , que obligue á ello. Lo relativo á la defensa en contestacion , réplica , dúplica y otros trámites, se ha de decir , y se dice en sus respectivos términos.

Del traslado, que se da en Cataluña.

6 Lo que es en Castilla traslado se llama en Cataluña *comunicacion de autos ó de proceso*, y no suele por constitucion ó estilo antiguo concederse sino quando se ha presentado por la parte contraria algun instrumento; quando se han publicado las probanzas, ó hay mudanza de abogado ú otro motivo semejante, que exîja una inspeccion ocular de los mismos autos: por lo demas suelen las partes pedir en qualquiera tiempo y parte del juicio miéntras está él abierto, lo que respectivamente juzgan corresponderles, y qualquiera reflexîon, que desean exponer en órden á su derecho; y el juez, si la cosa es de concederse, acostumbra decretar, que se haga como se pide y *notifíquese*: si no es de conceder suele proveer solamente *notifíquese*. Se notifica el decreto sea qual fuere, y en fuerza de él el escribano ha de dar copia simple á la parte del escrito, que se hubiere presentado contra él: y esto es lo que se llama traslado, conviene á saber, copia de lo que está original en el proceso.

Mas expedito el método de Castilla.

7 No dudo, que esto en su principio provendria de un deseo de evitar dilaciones excusando los traslados ó entrega de autos: pero con el tiempo las ha aumentado por suscitarse incidentes sobre el mismo punto de si se han de comunicar ó no los autos, y por permitirlos con indulgencia los jueces, y oir siempre á las partes, imbuidos en la opinion de lo mucho que son en quanto á esto privilegiadas. El método de Castilla es mas expedito, y mucho mas aun en lo que diré luego en quanto á los apremios.

Las notificaciones por quien se hacen.

8 Las notificaciones de las provisiones del juez, y de todo lo que corresponde, se hace en Cataluña por el portero ó nuncio del tribunal, á cuya relacion se da fe, por ser persona pública autori-

zada para ello. En Castilla se hacen las notificaciones por los escribanos de diligencias, como se verá despues. En todos los tribunales bien arreglados deben entregarse á los procuradores por los escribanos los procesos numeradas y contadas las hojas firmándose recibo, *ley* 11. *tit.* 20., *ley* 4. *titul.* 24. *lib.* 2. *Rec.*, *ord.* 435. de las de la Audiencia de Cataluña.

9 Quando las partes ó los procuradores y abogados, que obran en su nombre, quieren por fines particulares entorpecer el curso de la justicia, suelen ser morosos, no solo en no volver á su tiempo los autos, sino aun en no tomarlos. De esto es preciso hablar ahora, y de los medios, que se proporcionan á los litigantes interesados en que siga su curso la justicia.

Estilo de Castilla para obligar á la parte á tomar en su tiempo los autos.

10 En Castilla, si la parte en conseqüencia de la notificacion del decreto de traslado no toma los autos, el que quiere agitar la causa, acusa la rebeldía, á fin de que se estreche á la parte contraria á que los tome, ó á que sin haberlos tomado le cause el mismo perjuicio que si los hubiese tenido, y hubiese expuesto al juez todo lo que le pareciese conducente. Hay diferentes estilos segun los tribunales, ya en acusar primera, segunda y tercera vez la rebeldía, ya en acusar en una ó dos veces por las tres, ya en estrechar el juez con ménos término á la parte, que tome los autos, ó en notificársele solamente la instancia del colitigante en acusar la rebeldía, ya en hacerse presente al juez la solicitud, y ya tambien en despachar en esto todo lo que corresponde de oficio el solo escribano: lo substancial en todas partes es, que acusada la rebeldía, y constando esta solicitud á la parte contraria, sino toma los autos, se sigue como si

los hubiese tomado, sin detenerse el curso de la administracion de justicia.

y para volverlos al oficio.

11 Quando las partes son morosas en volver los autos despues que los tomáron en fuerza del traslado se usa de los apremios: y en esto tambien hay diferencia de despacharse en algunos tribunales el apremio, poniéndose por el que insta el correspondiente pedimento, ó sin ponerse pedimento ninguno con solo presentarse é instar la parte ó el procurador en su nombre. En algunos el juez manda despachar el apremio: en otros el escribano ya está por ley ó por costumbre autorizado para hacerlo de oficio. Todo esto es de poquísima monta. Lo substancial é interesante se reduce, á que á instancia de la parte contra el litigante moroso en volver los autos se libra sin oirle un apremio rubricado por el escribano, que ya se suele tener en formulario impreso con los claros correspondientes para el nombre y apellido del procurador, contra quien se dirige el apremio, y la expresion de los autos: suele él estar concebido en estos términos:

Alguaciles de qualquier de vos requerid, y siendo necesario apremiad con prision á procurador á que incontinenti vuelva al oficio del presente escribano de los autos que en él sigue

Madrid y septiembre &c.

12 El alguacil en fuerza de este papelito apremia: y no verificándose incontinenti la vuelta de los autos conduce á la cárcel al procurador: y si á pesar de esto no pareciesen los autos se multa-

ria, y se embargarian los bienes del procurador moroso: pero nunca se suele llegar á este último caso, ni muchas veces al de la cárcel, porque con el temor de ella andan listos y despiertos todos los procuradores; y lo que hacen es volver luego los autos, y pedir nuevo término, si hay causa ó título, para que se conceda. Este es un excelente medio, y el que ciertamente corresponde. Una vez, que el juez ha concedido á la parte, que tenga en su poder los autos por limitado tiempo, no debe ella retenerlos quando ya él ha fenecido, ni debe enredar con títulos y pretextos, entorpeciendo el curso de la justicia con graves perjuicios de la parte contraria. Lo mas que puede pedir es, que se le conceda nuevo término si hay causa, y de esto no se le priva.

Estilo de Cataluña para la toma y vuelta de los autos.

13 En Cataluña suele á instancia de la parte mandar el juez, que se tomen y vuelvan los autos con cominacion de varias penas, que rarísima vez se executan. De 13 de septiembre de 1769 he visto carta circular del Corregidor de Cervera á las justicias de su distrito, participándose con ella la resolucion, con que mandó la Real Audiencia de Cataluña, que fenecidos los términos de las comunicaciones de los procesos, ó instado su recobro, se manden pasar los porteros de los tribunales á casa de los abogados, procuradores ó partes, en cuyo poder estuvieren, y exîgiéndoles la multa cominada, se restituyan á los oficios, en que penden los pleytos. Se tomó esta providencia para cortar muchos abusos; pero sin provision formal de juez, que mande la execucion por la pena cominada, no creo que se haya exîgido multa ninguna. El método de Castilla es mucho mas expedito y mejor, tanto en mandar siempre, ó en qualquiera pedi-

mento, que se dé el traslado, para evitar los artículos indicados *num.* 7., como en quanto á la práctica de la vuelta de los autos mediante los apremios en el modo referido.

De algunas cosas, que deben quedar reservadas en los juicios.

14 Aunque en los juicios todo suele ser público, ó publicarse con la notificacion y traslado, no dexa de haber algunas cosas, que han de quedar por algun tiempo reservadas, y algunas para siempre, como en las causas de consentimiento de matrimonio, debiendo ser esto limitacion de lo que he dicho, que siempre suele y debe decretarse el traslado. En el *cap.* 10. de la real pragmática de 23 de marzo de 1776 se previene, que no se haga nada en dichas causas en audiencia pública; que no pueda darse ni aun copia simple de las objeciones y excepciones, que propusieren las partes, sino únicamente del auto favorable ó adverso, quedando custodiados los procesos en archivo secreto, sin poderse registrar ni reconocer, ni darse tampoco segunda certificacion del auto sobre si es ó no racional el disenso sin expresa órden del Consejo. En la *ley* 40. *tit.* 4. *l.* 2. *Rec.* se manda, que los acuerdos, con que se aprueba ó reprueba á alguno por buen ministro en causas de residencia, han de estar en libro secreto y reservado: éste se extiende por el Sr. Ministro mas moderno del Consejo, y está rubricado por todos, Martinez Salazar *Colec. de mem. y not. del Cons. cap.* 11.

Estilo de Cataluña en proveerse alguna vez con cláusula de incontinenti, y de que despues de la execu-

15 En quanto á esta materia de traslados, ó á provisiones relativas á ella, tenemos en Cataluña una cosa particular, que es los decretos con cláusula, que llaman de *incontinenti ó encontinente, y de que despues de la execucion se notifiquen*, los quales se proveen alguna vez en el curso del mismo pleyto. Hay cosas evidentemente justas, que no su-

fren tardanza, ó en las quales con la dilacion se causan perjuicios irreparables á alguno de los litigantes, siendo así que por otra parte la execucion de lo que ha de mandarse, no puede causar perjuicio á ninguno de los que litigan, y que aun el daño posible en todo acontecimiento puede quedar precavido en fuerza de una buena caucion. En estos casos suelen mandar los jueces á instancia de las partes alguna providencia con dicha cláusula, en fuerza de la qual se executa luego lo que manda el juez, y despues se notifica el decreto, con que se mandó. Esto se habrá introducido, porque con la apelacion ó suplicacion de qualquiera decreto puede quedar frustrada la diligencia, que manda practicar el juez: y, notificándose el decreto despues de la execucion, esta, que se supone convenientísima, queda ya hecha, y la apelacion ó suplicacion, que se interponga, solo obra el efecto de poderse revocar con sentencia ó decreto contrario la providencia tomada. El mandar el juez denegada apelacion ó suplicacion es únicamente de tribunales supremos, y para pocos casos, en que las leyes determinadamente no admiten apelacion ó suplicacion: y sobre esto mismo de si hay ó no lugar á alguno de estos remedios, ó si deben obrar los dos efectos suspensivo ó devolutivo, ó uno solo, pueden y suelen moverse graves y embarazosas dificultades.

cion se notifique.

16 Con todo es menester, que sean los jueces muy atentados en conceder decretos con la referida cláusula: y es preciso mirarlos como aquellos remedios ú operaciones arriesgadas, que, así como causan algunas veces maravillosos efectos, los producen malísimos, si no se aplican á tiempo con destreza y habilidad. Á la primera solicitud del inte-

resado rarísima vez conviene despachar con semejante cláusula. Muchos magistrados prudentes he visto, que solo decretan primero el *notifíquese*, prefixando un breve término, para que el colitigante exponga en él lo que tenga por conveniente: y viéndose despues, como ya suele conocerse á legua, que la parte que responde ó que dexa de responder, solo dirige sus miras á embrollar, á ganar tiempo, ó á hacerle perder al otro, siendo ya la cosa justa en el modo referido; á la segunda ó tercera solicitud de la parte, que insta la providencia con cláusula de incontinenti, se concede. De esta manera se logran saludables efectos de dicho remedio, y se cortan algunas veces los pleytos desde sus principios con una sola providencia. Un injusto poseedor de una heredad, ó en quien haya grave sospecha de mala fe, que con el solo pretexto de una deuda chîmérica, y de poca ó ninguna monta en comparacion de lo que retiene cansa al actor para obligarle con largas y molestias del pleyto á desistir, ó á una transaccion de poca ventaja; si con un decreto con cláusula de incontinenti se vé de un instante á otro despojado de la mayor parte de la heredad, quedando solamente con la que pueda cubrir su crédito, se rinde luego, sin poderse quejar del juez: porque con la retencion de lo que se le dexa, y con el recurso á fiadores á mas de él que tiene contra el litigante, le queda bien asegurado su derecho. Semejantes efectos se logran con seqüestros y otras providencias en casos que las circunstancias lo exîjan.

De las dilaciones en general, y de su division.

17 Siendo este capítulo de doctrina general para las cosas de todo juicio corresponde tambien hablar aquí de las dilaciones, que tienen lugar en todas las partes de él. La dilacion, que es lo que

regularmente llamamos término, parece que puede definirse un determinado tiempo, que se da á las partes litigantes, para evacuar las cosas pertenecientes al juicio. Algunos las dividen en citatorias, deliberatorias, probatorias y executorias. Las primeras son las que se dan al reo para comparecer: las segundas al mismo para deliberar: las terceras á todos los colitigantes para probar y alegar de su derecho: y las quartas para cumplir lo mandado con la sentencia del juez: así se explican los comentadores á los títulos respectivos de esta materia del Digesto, Código y Decretales. De cada una de estas dilaciones se hablará en su lugar: en dichos títulos podrá hallar mayor luz quien la desee: yo me ceñiré á lo mas preciso, y aquí advertiré lo comun á todas las dilaciones.

De las dilaciones arbitrarias, y de las que no lo son.

18 De estas unas son arbitrarias al juez y otras mandadas por ley. En las últimas no hay nada que hacer, sino ceñirse á lo que el legislador previno: las primeras deben concederse con un prudente arbitrio segun lo que convenga atendidas y combinadas todas las circunstancias de los autos, y del estilo del tribunal, de que no es del caso apartarse sino quando milite alguna razon poderosa, que obligue á lo contrario.

Quando se han de contar ó descontar los dias feriados en las dilaciones.

19 Sobre estas dilaciones se ha ofrecido muchas veces la dificultad, de si han de descontarse los dias feriados: y parece que no por la *ley* 3. *Cod. de Dilat.*, fundándose sin duda esta ley en la natural inteligencia de lo que comprehende un plazo de tiempo, concedido sin distincion de dias feriados ó jurídicos, útiles ó continuos. Con todo por una equidad natural está recibido en nuestros tribunales, que se descuenten los feriados, quando forman la mayor parte de la dilacion, es-

pecialmente en las probatorias. Así consta de la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 16. *num.* 8., y de Fontanella *decis.* 170. *num.* 5. 15. *y* 16. y en la *dec.* 410. *num.* 5. 6. *y* 11. *hasta el* 14.: se da por razon de esto, que la mayor parte debe prevalecer contra la menor.

El dia de la notificacion no debe contarse en ningun término ó dilacion.

20 De la *decis.* 409. de Fontanella y del *Juic. civ. Cur. Fil.* §. 16. *num.* 7. consta, que está generalmente recibido tambien, que el dia, en que se concede el término, no se computa por parte del término, ó que *dies termini*, como dicen, *non computatur in termino*: no se cuentan los dias de la dilacion desde el instante ú hora, en que empieza á concederse, á otro igual instante, que forme el número de dias concedidos, ó de momento á momento, como dicen: se descuenta el primer dia, en que se concede; y empieza á correr la dilacion en el siguiente. Esto se entiende, quando en las leyes no se previene expresamente lo contrario, como se verá despues, en algunas dilaciones. En nuestra Audiencia de Cataluña todas las dilaciones se pueden limitar á arbitrio de juez, *ord.* 113. de las de dicha Audiencia, *cap.* 7. *aut.* 16. *tit.* 2. *lib.* 3. *Aut. Acord.*

21 Las dilaciones, de que he hablado, son para citar, deliberar, probar y executar, como indican sus mismos nombres. Fuera de esto es natural, que se dé á las partes lugar y tiempo, para hacer sus escritos, pidiendo al juez lo que les convenga, al tenor de lo que resulte de los autos siempre que se haya de proferir sentencia ó decidir sobre qualquiera dificultad que ocurra: por otra parte es justo, que haya un término en esto, pasado el qual pueda ó deba el juez hacer su sentencia difinitiva, ó interlocutoria. Este término en quanto á Cas-

tilla está expresamente puesto en la *ley 9. tit. 6. lib. 4. Rec.*, en la qual se lee lo siguiente: *Mandamos, que por evitar dilacion en los pleytos, que con cada dos escritos, que las partes presentaren, sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, así para la sentencia interlocutoria, ó recibir á prueba, ó para definitiva.* En Cataluña no sé, que haya constitucion sobre esto; pero hay estilo y costumbre inmemorial, con que dicen, que á tres *vistos* puede ó debe el juez pronunciar la sentencia. En los escritos de la naturaleza, de que tratamos, suele decretar el juez: *visto y notifiquese*, que vale, *visto el proceso se fallará y notifiquese.* Atendido que, no replicando el colitigante al tercer escrito, tácitamente viene á decir, que no tiene, ó no quiere añadir nada á su escrito, ya se verifican en algun modo con los tres escritos los quatro, y que se oyen dos veces los litigantes sobre cada cosa, que se les ha de decidir, que será el fin de los dos escritos: de este modo no hay diferencia de una parte á otra.

Quál es el efecto de mandarse la conclusion con los dos escritos.

22 La facultad de presentar los dos escritos no se entiende en Cataluña, que sea exclusiva para las partes, de modo, que no puedan estas presentar otros escritos con reflexîones, que se les hayan pasado por alto, suponiéndose, que el juez hasta haber decidido es una persona constantemente aplicada á oir las partes con deseo de averiguar la verdad en qualquiera tiempo, y de qualquier modo, que se le pueda facilitar el conocimiento de ella: solo se considera puesta la limitacion de los dos escritos, para que se dé por concluso el artículo ó pleyto principal, á fin de que pueda el juez pronunciar sentencia, sin poderse quejar ninguna parte, de que no se le ha oido, si el juez la profiere, y á fin, de que pueda la parte, que quisiere, usar de

su derecho, instar, y hacer responsable al juez, si presentados los dos escritos por las partes no decide. Por esto se suelen admitir todos los escritos, que presentan las partes, y decretar en todos, *visto y notifíquese*, ó *al relator*, *y notifíquese* en la Audiencia. En las provincias de Castilla he oido, que no suelen admitirse mas de los dos escritos: pero no hallo, que prohiba esto la *ley* 9. por expresarse solamente en ella, que con los dos escritos sea habido el pleyto por concluso, y porque la conclusion solo suele excluir las probanzas: y aun en quanto á estas no falta medio de presentar las que se fundan en escrituras públicas, como se verá en el *tit.* 2. *c.* 7. *s.* 3.: lo dicho será por estilo, y buen estilo, para que en los dos escritos se comprehenda todo.

Pendiente el juicio no se ha de innovar.

23 Las providencias de seqüestro y embargo deben considerarse como generales á todo juicio: por esto puede aquí hablarse oportunamente de uno y de otro empezándose por el seqüestro. Es regla comun á todo juicio ordinario, que pendiente él no se ha de hacer novedad, *tit.* 16. *lib.* 2. de las Decretales *Ut lite pendente nihil innovetur*, *tit.* 4. *lib.* 4. *Cod.* de *Prohibita sequestratione pecuniae*, hallándose en la ley *única* de dicho título del Código el motivo: se funda éste, en que ni la razon del derecho ni la equidad permite ninguna novedad contra el reo, hasta que el actor haya justificado con probanza su pretension. Conforme á dichas razones se dice siempre, que durante el pleyto no ha de carecer el demandado de todas las ventajas de la posesion, por lo que se ha dicho en el *c.* 1. *n.* 11., y que los juicios no han de empezar por la execucion contra el reo, como en algun modo se hace en caso de mandar el juez, que la cosa controvertida se quite de entre manos del que la tiene, y se deposite en poder de otro.

24 No obstante lo dicho hay excepcion de la regla, y puede innovarse pendiente el pleyto por medio del seqüestro y del embargo. En nombre del primero entiendo la custodia de alguna alhaja litigiosa, que el juez sin perjuicio del derecho de ninguna de las partes encarga ó manda á un tercero, hasta que otra cosa se provea ó se decida á quien pertenezca. Los títulos citados de varios códigos de legislacion, y las razones poco ha expuestas, han de hacer entrar en esta materia á los magistrados con un prejuicio de la resistencia, que tiene en derecho el seqüestro por las reglas generales, y que solo en algun raro caso por excepcion se puede usar de este remedio, que no le tienen por bien indicado los autores, sino quando concurre alguna gravísima causa, aprobada por las leyes para semejantes providencias, y con varias modificaciones y requisitos. *Excepcion con el seqüestro: en qué consiste, y quándo debe mandarse.*

25 Entre las causas, corrientemente aprobadas para el seqüestro, suele ponerse la del peligro de disturbios, violencias de hecho ó muertes: esta causa es justa con toda evidencia: tambien es causa aprobada el desperdicio ó disipacion de la cosa, sobre que se litiga, *cap. 2. y 3. de Sequestr. pos. et fruct.*, *ley ult. Cod. de Ord. cogn.*, *ley* 21. §. *ult. Dig. de Appel.*, y el peligro de fuga del reo, quando se trata de cosa mueble litigiosa, ó de su malversacion, *ley* 7. §. *ult. Dig. Qui satisd. cogunt.*, *ley* 1. *tit.* 9. *part.* 3. *Causas justas para mandarse el seqüestro.*

26 No solo tiene lugar el seqüestro en las alhajas litigiosas, sino tambien en las personas. En el *cap.* 14. *de Sponsalibus* justamente se aprueba en causas de esponsales el depósito de las solteras, quando se teme, que los que las tienen en su tutela ó potestad, no les dexarán la voluntad libre, que *Tiene él lugar en las personas.*

debe serlo en todos los contratos, especialmente quando se trata de matrimonio, por el mal éxîto, que suele tener la fuerza y opresion en estos casos. En el *cap.* 8. *de Restitution. spol.* está tambien aprobado el depósito de mugeres en caso de cruel trato y sevicia de los maridos: á semejanza de estas causas pueden ofrecerse y aprobarse otras.

Requisitos con que debe mandarse.

27 Los requisitos para el seqüestro se reducen á tener el juez algun sumario conocimiento de la causa, y á conocer ya en algun modo el buen derecho de la parte, que pide el seqüestro, y á la citacion de la parte contra quien se pide, la qual con fianza idónea puede segun las circunstancias impedir y aun hacer revocar el seqüestro despues que se mandó, como puede verse en los textos citados: en algunos casos apretados, como de peligro de fuga, de muerte, crueldad ú otra semejante causa, bien puede mandarse encontinente sin citacion de parte, ni traslado ninguno, y sin tener lugar la oferta de fiadores. Algunos quieren el requisito, de que la parte, que insta dicho seqüestro, jure que no lo hace por malicia de querer vexar al colitigante, sino de usar de su derecho.

De la descripcion de bienes.

28 Cancér en el *capítulo de Sequestro et empara num.* 4. *y* 5., citando á varios autores, dice que en los casos, en que no puede concederse el seqüestro, no se ha de negar una descripcion de bienes á la parte, que lo inste, y que manifieste, que le interese esta diligencia: y en efecto parece esto muy justo.

Distincion entre el sequestro y el depósito.

29 El seqüestro casi no se distingue del depósito, sino con las diferencias, de que aquel se hace por órden del juez, y no por consentimiento de las partes, no solo en bienes muebles, sino tambien en bienes raices, y de que la persona,

á quien se entrega la alhaja, no cuida sin interes de ella, como el depositario, siendo el depósito por su naturaleza gratuito. Quitadas estas diferencias ha de regularse por las leyes del depósito todo lo concerniente á acciones, que tienen entre sí recíprocamente la persona encargada de la custodia ó cuidado de la cosa seqüestrada y el dueño ó poseedor de ella. Algunos quieren, que no hay propiamente seqüestro de bienes raices: pero comunmente se usa del nombre de seqüestro, aun hablando de dichos bienes: ni por otra parte parece, que por derecho haya repugnancia en que se use de él.

La caucion quita el sequestro.

30 Mediante idónea caucion puede ser oido el poseedor de bienes seqüestrados, para que se le dexe libre su administracion.

No puede hacerse el depósito en el juez, ni en el escribano.

31 No puede hacerse ó quedarse ningun depósito en poder del juez, que le manda, *const. ult. de Deposits*: y esto ya es por sí mismo notorio: y en quanto á los escribanos ya se ha visto en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec.* 51., que no pueden ser depositarios en las causas, en que ellos actuan, por el peligro, de que no abusen de las oportunidades, que les da el oficio, para retardar é impedir la entrega del dinero, ó alhaja depositada quando deba entregarse.

Del sequestro convencional.

32 Á mas del seqüestro judicial hay el convencional, esto es, el que se hace por voluntad ó consentimiento de las partes, en órden al qual no se ofrece nada que decir, debiendo gobernarse en todo esta especie de seqüestro por la regla de los contratos.

Del embargo.

33 Solo falta que pasemos á tratar del embargo ó de la ampara, que de esta voz se usa tambien en el estilo forense de Aragon, que antiguamente

era empara, y provendrá de amparo y emparo, como se decia en otros tiempos. Con la providencia del embargo no se saca la cosa de las manos, ó del poder de quien la tiene para ponerla en custodia ó administracion de otro, como con el seqüestro: queda la cosa embargada en poder del mismo que la tiene, ya sea el deudor, ya otro, que ha de darla al deudor, pero sin poderla enagenar, en el modo y forma, que luego se explicará.

Qué cosa es el embargo, y quándo se usa de él.

34 Embargo es una detencion de bienes hecha por mandamiento del juez á instancia de parte: comunmente se hace sin conocimiento de causa y á la simple peticion del actor, que la solicita, Cancér *de Sequest. et emp. num.* 18.: muchas veces se pide el embargo ántes del pleyto: pero esto no quita, que se pueda pedir pendiente el mismo pleyto, ó contestado ya. En este caso dice Cancér *ibid. num.* 51., que ha de haber algun conocimiento de causa. Por considerar el embargo de este modo judicial, y que quando se hace en otro tiempo, suele ser siempre principio y parte de pleyto, llamándose por Cortiada en la *dec.* 229. *num.* 14. preparatorio de juicio, se trata de él aquí. Temiendo el actor, que se disipe ó malverse la cosa, que se le debe, pide al juez, que dé órden, para que no se enagene, y quede á disposicion del mismo juez la alhaja, que acredita, ó alguna otra, á que se dirige la solicitud, para asegurar ó hallar equivalente, con que pueda satisfacérsele lo que se le debe.

De los casos, en que mas regularmente se usa del embargo.

35 El caso mas regular del uso de estos embargos, que es muy corriente en Cataluña, es segun Cancér *ibidem num.* 6. quando Pedro por exemplo, siendo acreedor de Pablo, sabe un deudor

abonado del mismo Pablo, y que por él ú otro qualquiera deudor va á pagarse, ó darse á Pablo alguna cosa: entónces suele pedirse y concederse por el juez mandamiento, para que el deudor de Pablo no pague á éste, ni entregue sin nueva órden lo que en otra forma iria á entregar. Aunque el modo mas regular, y de mas uso es el de estos embargos dirigidos á personas, que van á entregar alguna cosa á los deudores, tambien se dirigen á los mismos deudores, para que no enagenen los muebles ó el dinero, que pretenden los acreedores, Cancér *ibid. num.* 32. *y* 33. Nunca se usa mas de estos medios, que quando el deudor va á marcharse de alguna parte, rezelando el acreedór, que quedará frustrado ó burlado en el uso de sus derechos, no siendo fácil ya despues el poner demanda contra el reo en otro lugar.

El estilo de los embargos, parece contrario á la jurisprudencia romana.

36 Este modo de proceder parece ageno de la jurisprudencia romana y de la equidad natural, por exîgir esta regularmente, que ántes de haberse justificado la accion, que se propone en la demanda, no se haga novedad, ni se turbe á nadie en el uso de los derechos de propiedad. Cancér en el título citado desde el *num.* 6. *hasta el* 10. dice, que en España, Francia é Italia, y en otras muchas naciones se estilan estos embargos, y que la razon particular, que los habrá introducido contra la regla general, será para excusar las largas, los rodeos y gastos del pleyto, que subirian luego mas que la misma deuda.

Leyes romanas, que parecen autorizar el uso de los embargos.

37 No obstante esto en dos leyes del Digesto, que para otro fin cita el mismo autor desde el *num.* 46. *hasta el* 50., de las quales hablaré luego, veo que aun en la jurisprudencia romana se puede hallar apoyo de las providencias de embargo:

se dice en el referido lugar, que en los bienes raices no puede haber seqüestro : ya signifiqué ántes, que esto era qüestion de nombre ; y corrientemente se dice seqüestrada una heredad ó patrimonio universal, quando hay persona encargada de su custodia, administracion de frutos y recoleccion , sin que repugne esto al derecho : mas dexando esto aparte dice Cancér *ibid.* apoyado en las leyes romanas, que en los bienes raices , en equivalencia de lo que se hace en los bienes muebles y se movientes, debe darse mandamiento de juez, para que no se enagenen. Quando se trata pues de bienes raices puede darse en opinion de Cancér dicho mandamiento por derecho romano á solicitud del que se dice y se supone acreedor , siendo para esto terminantes la *ley* 5. en el principio *Dig. de Hered. pet.*, y la 8. *Dig. de Pollicitat.*, que cita el mismo autor. El jurisconsulto en la *ley* 5. habla en general de todas las cosas de herencia ó cuerpo hereditario , y de que puede en ellas recaer la prohibicion de enagenar en fuerza del embargo : por consiguiente en derecho romano tenemos expresamente aprobado el embargo de bienes muebles. Sin insistir en esto , y aun quando la *ley* 5. *Dig. de Hered. petit.* debiese entenderse limitadamente de embargo de bienes raices , se inferiria por conseqüencia ó por paridad la aprobacion : pues si no es contra jurisprudencia romana el mandamiento del juez , para que el deudor no enagene una heredad y alhaja hereditaria , tampoco puede serlo el de que no enagene otras cosas con el uso de nuestros embargos.

Razones de equidad, en que se pueden fundar.

38 Este estilo de los embargos, ó ya se hable de los que se dirigen contra la enagenacion de los bienes raices ó muebles y se movientes, acostumbrán-

dose usar mas, quando se trata de los últimos del nombre de embargo, ó ya tenga apoyo en la jurisprudencia romana, ó dexe de tenerle, puede fundarse en los saludables efectos, que resultan á favor del acreedor, y en el ninguno ó poco perjuicio, que pueden causar al deudor: pues, prescindiendo de los modos, con que diré despues, que *ipso iure* queda sin efecto el embargo, éste se ha de alzar luego, que se dé la correspondiente caucion, como consta de la citada *ley* 5., de la *const.* 1. *de Emparas y sequestres* 2. *vol.*, y de Cancér *de Sequestro et emp. n.* 20. *hasta el* 24. En este lugar trae el mismo autor la limitacion, de quando se hubiere hecho el embargo en fuerza de escritura guarentigia: éste dice, que no se quita con la caucion. Además se da accion á la persona, en cuyos bienes se hubiere hecho el embargo, para la enmienda de los perjuicios, que se le hubieren causado, si no tenia derecho para cobrar el acreedor, y aun para vindicar la injuria, que se le hiciere, *ley* 25. *Dig. de Act. emp. et vend.*, como defiende el mimo Cancér *num.* 34. *ibid.* citando otras leyes y autores. Por otra parte no parece nada irregular, ni opuesto á la equidad natural, que ínterin se va á entablar pleyto se retenga la cosa, sobre que recae la disputa, á la diposicion del juez, á fin de que no quede despues frustrada de efecto su sentencia.

Puede hacerse embargo por mayor cantidad, que la que se debe.

39 Con estas razones me parece, que puede defenderse el uso de dichos embargos. Estos no solo pueden hacerse en la cantidad debida, ó en cosa precisamente equivalente, sino tambien en mayor cantidad, segun dice Cancér *de Sequestro et empara num.* 50. Así como la alhaja, que se da por prenda para asegurar la deuda, suele ser de mayor valor, que la misma deuda, del propio modo parece que

puede discurrirse de la cosa embargada, ó que se ha de embargar. Es manifiesto lo que dice Cancér *num.* 38. *y* 39. *ibid.*, que por el uso del embargo no puede perjudicarse nada en el de los otros remedios y acciones, que tuviere por derecho el acreedor.

Quándo fenece el embargo.

40 El embargo extrajudicial fenece, ó queda en esta provincia desvanecido con el solo transcurso de un año, *const.* 1. *de Sequest. y emp.*: pasado él tambien queda desvanecida la obligacion de la fianza dada por el deudor, como consta de la misma *constitucion* y de Cancér en dicho capítulo *n.* 14. *hasta el* 20. *y num.* 41.: solamente limita esto Cancér *ibid.* en el caso, en que por malicia del litigante interesado ó del juez se hubiere dexado de declarar el asunto: los embargos de comestibles quedan sin efecto con el lapso de un bimestre, *const.* 7. del mismo título. El embargo judicial fenece, quando contramanda el juez, ó decide definitivamente el pleyto, segun se infiere de lo que dice Cancér *ibid.*, y de la misma naturaleza de la cosa. Uno y otro de dichos embargos deben levantarse mediante la caucion del deudor, como ya se ha dicho.

Circunstancia necesaria en Castilla para mandar el embargo.

41 En Castilla tambien es corriente el uso de los embargos: pero por la *ley* 66. de las de Toro no pueden mandarse sin preceder informacion de la deuda, á lo ménos sumaria por testigos, ó escritura, que la acredite.

Quándo debe mandarse la acumulacion de autos.

42 La acumulacion de autos debe juzgarse tambien perteneciente á este capítulo, como cosa, que puede pedirse y decretarse en todo juicio, y en todas ó muchas partes de él. Sobre esto debe sentarse lo que se lee en la *Curia Filíp. Juic. civ.* §. 8. *n.* 8., que es lo siguiente: *la acumulacion de los autos y procesos, que se hacen en juicio, de derecho se*

ha y debe hacer en tres casos. El primero en razon de excepcion de cosa juzgada, como se dice en el derecho: el segundo en razon de litis pendencia, como se dice tambien en el derecho: el tercero en razon de no dividir la continencia de la causa, como asimismo se dice en el derecho: en los quales tres casos ha lugar la acumulacion de los autos: y asi se han de acumular á los primeros los segundos y demas. Puede verse hasta el *num.* 13. de dicho autor, en donde se trata de los diferentes modos, con que puede haber continencia de causa, del escribano, á quien se ha de hacer la acumulacion, y de que aun despues de executada debe la parte, á quien toca, hacer reproduccion y presentacion de los autos acumulados.

De la necesidad de requisitorias en algunos casos.

43 En muchas partes de un juicio se ofrece el haberse de executar alguna cosa fuera del territorio del juez, que conoce de la causa, como por exemplo, si se ha de citar el reo, que se halle fuera de dicho territorio, si se ha de presentar algun testigo, que no vive en el lugar donde está entablado el juicio, si se ha de hacer alguna prueba á vista de ojos, si se ha de tomar posesion, ó hacer otros actos semejantes. Entónces por el principio de la *ley última Dig. de Iurisdict.*, que al que manda fuera de su territorio impunemente se le desobedece, es preciso el uso de las letras, que llaman requisitorias, porque el magistrado, que las despacha requiere en nombre propio, ó en el de quien exerce su jurisdiccion, que se execute lo que tiene proveido ó sentenciado en su causa, en la qual suponemos haber sido competente: el magistrado requerido debe entónces executar lo que se le pide. Esto se funda en la necesidad de la administracion de justicia, porque sin este medio se

atajaria á cada paso el curso de ella, y en una natural equidad y atencion urbana, con que deben unos jueces servirse á otros.

Memoria de dichas letras, en leyes romanas.

44 De este despacho ó de estas letras requisitorias, y de la obligacion de cumplirlas ó executarlas los requeridos, tenemos muchas memorias en las leyes romanas, como en *las* 7. 9. *y* 11. en el *principio*, y §. 1. *Dig. de Cust. et exh. reor.*, en la *ley* 1. §. 2., *la* 4. *Dig. de Requir. vel absent. dam.*, y en la *novel.* 134. *cap.* 5. Tambien se hace memoria de estas letras en la *ley* 1. §. 2. y en *la* 3. *Dig. de Fugitivis*, expresándose en estas la obligacion de hacer y cooperar los magistrados requeridos á lo que se solicita de ellos.

De las letras mandatorias.

45 Quando se trata de despacho ó letras para dentro del mismo territorio del juez superior al inferior son, y se llaman mandatorias en algunas partes, porque no se extienden en términos de requerir, sino de mandar absolutamente al magistrado la execucion de lo que en ellas se previene. En el *lib.* 1. *tít.* 9. *cap.* 9. *sec.* 2. y en la *sec.* 44. *ibid.* *art.* 1. ya se ha visto, cómo debe obrarse en los casos de necesitar un tribunal del auxîlio de otro, y en los de competencia de jurisdiccion.

De la execucion de requisitorias de fuera del reyno.

46 Calderó en la *decis.* 113. dice, que ántes de ponerse en execucion las letras requisitorias de fuera del reyno, se suele citar, y oir por lo que tenga que exponer, la parte interesada: y trae allí formulario de todas ó de diferentes especies de letras requisitorias.

De la necesidad del pronto despacho en las causas.

47 Como cosa comun á todas las partes del juicio y á todos los juicios debe prevenirse aquí la brevedad en el despacho. Es queja muy antigua la de las largas de los pleytos; y de que los litigantes destruyen sus patrimonios con los gastos ju-

diciales, y que se perpetúan con ellos las discordias de las familias. Quanto mas dura el pleyto mas se gasta, y ménos se escarmienta la terquedad de los que muchas veces maliciosamente esperan la sentencia del magistrado, para dar lo que ellos mismos reconocen debido. En las causas criminales interesa igualmente el público en el pronto despacho, ya para que con las demoras no se escapen los reos, que como fieras desatadas todo lo talan á mas de substraerse á la vindicta pública, ya porque con el tiempo se enfria aquel calor y justo enojo, compañero de los primeros y naturales movimientos, con que se enardecen los ánimos á la vista de un delito recien cometido, facilitando esto mismo las pesquisas, declaraciones de testigos, cooperacion de los dependientes de justicia, y execucion del magistrado en aplicar la pena correspondiente: además es favorable el pronto despacho á los mismos reos, á quienes algunas veces es mas dura la reclusion de la cárcel, y la incertidumbre de la suerte, que la misma pena que merecen: pero en esta parte, como en muchas de gobierno, no dexa de haber bastante preocupacion de vulgo.

Causas que suelen entorpecerle.

48 Hay males necesarios: y lo peor es en esta materia, que algunas veces no se padecen por la culpa de los magistrados, ni de la legislacion, á quien se atribuyen, sino de los mismos, que se quejan y lamentan de ellos. ¿Quántas veces se sobresee en un pleyto por negligencia de la misma parte, que le empezó, ó por imposibilidad de costear los gastos? El magistrado y el escribano son personas públicas, que no deben moverse á administrar justicia, ni á dar paso ninguno, sino hay instancia de los que van á implorar su oficio: los li-

tigantes pueden siempre que les guste concordar y ceder de sus pretensiones, ó reservarlas para otros tiempos por fines y respetos particulares, en que no deben meterse los jueces. Si se considera quántas son las personas, que han de intervenir en un juicio, se admirará ménos la lentitud, que algunas veces se experimenta. Debe considerarse para el objeto, de que se trata, un juez, y en muchos tribunales mas, un escribano, dos abogados, dos procuradores, y dos partes, que han de instruir continuamente á sus procuradores y abogados. Qualquiera negligencia, indisposicion, enfermedad y ocupacion extraordinaria de cada uno de los ocho, detiene el movimiento del juicio, y esto quando no son mas que dos las partes: fácilmente puede concebirse quanto mas debe esto retardar en concurso de acreedores, compañías, testamentarías, abintestatos, y otros juicios universales y generales. Si se abusa en querer alargar con incidentes, ó artículos de prévio pronunciamiento, es mucho mayor la demora, sin que pueda muchas veces distinguirse justificadamente la malicia, para castigar á los que abusan.

Inutilidad de remedios, que algunos proponen para él.

49 Los remedios, que quisieran muchos, serian peores, que el mismo mal. Uno aboliria los fideicomisos: otro quitaria la restitucion y recision de contratos por lesion: y los mismos, si se hallasen en algunos casos, en que se conceden dichos beneficios, graduarian de tiránica la legislacion, que les dexa sin remedio, y suspirarian por los fideicomisos, si viesen disipar á su hijo el patrimonio. Otros quisieran, que se prefixase un término para la discusion y conclusion de un pleyto: pero esto mismo está hecho por varias leyes, como se verá despues: y algunos accidentes y modificacio-

nes equitativas, necesarias, y conformes á la mente de los mismos, que lo ordenáron, dexan casi impracticable lo que parece pretende disponerse. Tampoco falta quien cite con aplauso el modo, con que se gobiernan en esta parte los turcos, sin advertir, que es bien ridículo, pensar que solo en esto deban ser imitados, y que solo sea aquella nacion la advertida en un punto, en que todas las cultas de Europa no saben acertar el medio.

50 Todo lo dicho no quita el que se tenga un particular cuidado en remediar los males de los pleytos, ó de su lentitud: pero ha de ser de modo, que no se quite, ni disminuya la debida libertad, y que no se expongan los negocios á determinaciones, ó sentencias precipitadas y violentas. Los medios, con que parece que puede proporcionarse la pronta expedicion de las causas, es la acertada eleccion de magistrados, la influencia de estos en ascensos de los abogados, para que estos no solo obren bien, absteniéndose de cavilar con incidentes embarazosos por el temor de una multa, sino por lo que les interese el buen crédito con los mismos magistrados, la pronta determinacion de competencias de jurisdiccion, la reforma de muchas vistas del pleyto con varias apelaciones ó suplicaciones, la limitacion á efecto devolutivo de la apelacion y suplicacion en muchos casos con firmeza y proteccion en executarlo, y una multa fuerte á los que se condenan en el último recurso de la metrópoli del reyno, quando en ella se confirma la sentencia dada en alguna provincia. Con estos medios, y con lo que se ha dicho *n.* 3. *hasta* 14. en quanto á términos del traslado, toma de autos y apremio para la vuelta, se puede remediar mucho el mal, que tanto se pondera de las dilaciones de los pleytos.

Cómo puede remediarse el mal.

Encargado por las leyes el pronto despacho de las causas.

51 En el *cap.* 2. de la nueva instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788 se manda á dichos magistrados, que cuiden muy particularmente del breve despacho de las causas y negocios, sin permitir dilaciones inútiles, artículos impertinentes y maliciosos, y zelando que abogados, procuradores y demas oficiales de justicia cumplan en esta parte con lo prevenido por las leyes del reyno, y que las justicias de su distrito hagan lo mismo.

Término prescrito para el despacho de las causas en general.

52 En quanto á algunas causas no solo está encargado el despacho en general, sino tambien prefinido un cierto espacio de tiempo, dentro del qual han de fenecer los pleytos. En la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 9. *num.* 2. se citan varias autoridades en prueba, de que por derecho canónico la primera instancia en el fuero eclesiástico se ha de acabar en un bienio, y en un trienio las causas civiles del fuero secular por derecho comun y de Castilla, aunque allí se indica quán poco se verifica esto en la práctica, como ya he prevenido en el *num.* 49.: las causas criminales parece, que deben terminarse en dos años.

Tiempo prefixado para el despacho de las causas de retencion y tenuta.

53 Esto es en general: por lo que toca á causas particulares debo decir, que el Sr. D. Fernando VI. con decreto de 1 de enero de 1747 encargó particularmente el despacho de las causas de retencion; y que los artículos de administracion, introducidos en los pleytos de tenuta por auto acordado del Consejo de 20 de julio de 1750, que cita Martinez Salazar en su *Colec. de mem. y not. del Cons.* en el *cap.* 11., deben substanciarse en el término perentorio de quarenta dias, que han de correr desde el dia, en que el que hubiere puesto la demanda presentare en la Escribanía de Cámara del Consejo los despachos ó provisiones de emplazamientos

con las notificaciones hechas á los interesados, sin que por ningun caso se suspenda ni prorogue.

54 En el *cap.* 9. de la pragmatica de 23 de marzo de 1776 se manda, que las causas sobre si es ó no racional el disenso de padres, mayores, ó parientes en casos de matrimonio deben en primera instancia terminarse en ocho dias, y en grado de apelacion en treinta. En el *tom.* 3. de la *Prac. unic. del Sr. Elizondo pag.* 152. *hasta la* 155. se lee una carta de 30 de junio de 1778, dirigida al Presidente de la Chancillería de Granada, en que se le participaba, haber aprobado el Consejo su conducta en haber prorogado los treinta dias á quatro meses en una causa de disenso de matrimonio, por ser el actor, que debia probar su nobleza, extrangero ultramarino. *Idem para el despacho de las causas de disenso relativas á matrimonio.*

55 Lo dicho corresponde al despacho, ó al tiempo, en que debe él hacerse con relacion al todo de la causa: lo correspondiente al tiempo del intermedio del pleyto en las dilaciones de diferentes especies para contextar y para los demas procedimientos de la causa se verá al hablar de cada uno de ellos. *Tiempo prescrito para los trámites del juicio.*

56 Lo que parece propio de este capítulo es la preferencia en el despacho, que deben tener unas causas respecto de otras, especialmente en tribunales colegiados, cuyas leyes en quanto quepa deben tambien gobernar en los demas. *Preferencia de unas causas respecto de otras en quanto al despacho.*

57 Segun las *leyes* 24. 27. *y* 46. *tit.* 5. *lib.* 2. *Rec.* y por la *ord.* 134. de las de la Audiencia de Cataluña los pleytos de los consejos, chancillerías y audiencias, remitidos de una sala á otra por no ser los votos conformes, ó por otro motivo, son los que primero deben determinarse: luego por las *leyes* 4. *y* 5. *tit.* 4., *ley* 24. *y* 77. *tit.* 5. *lib.* 2., *ley* 17.

tit. 2. *lib.* 3. *Rec.* y por la *ord.* 122. de las citadas, los pleytos primeramente conclusos deben determinarse primero, habiendo quien lo solicite. Por la *ley* 27. *tit.* 5., la 14. *tit.* 7. *lib.* 2. *Rec.* y nuestra *ord.* 203. debe preferirse el despacho de las causas, de los que estan presentes á las de los ausentes, y las de los encarcelados á las de los que estan libres. En infinitas leyes de todos cuerpos de legislacion general y municipal de los pueblos es muy privilegiado el despacho de estas causas: tambien lo es muy particularmente el de las de competencia de jurisdiccion: es claro en estas un motivo particular, porque miéntras está pendiente la competencia queda suspendido el curso de la justicia con gravísimo perjuicio en causas civiles, y mayor aun en las criminales. Son por otra parte naturales y manifiestas las razones, en que se funda la preferencia en el despacho, que dan las leyes citadas á unas causas respecto de otras.

TÍTULO II.

Del juicio civil.

CAPÍTULO I.

Del actor y de la demanda.

Por qué se trata primero del juicio civil que del criminal.

1 Todo lo hasta aquí dicho es comun y general á todos los júicios. Voy á hablar de cada uno, empezando por el civil ordinario. En el *libro* 1. *y* 2. hemos ido tratando de todas las personas y cosas á proporcion y segun la necesidad, que tenia de ellas el estado. Por esta regla debiera tratarse primero de las causas criminales, conside-

rándose el castigar á los delinqüentes, como cosa mas interesante, que el obligar á los particulares á cumplir con alguna obligacion de derecho privado : pero, como puede dar mucha luz para entender la naturaleza de las causas criminales el conocimiento de las civiles, variaré en esta parte dicho método, y seguiré el indicado por facilitar mas la inteligencia del asunto.

Del actor, y quién lo es en los juicios dobles.

2 La primera persona, de que se ofrece hablar, es el actor, conviene á saber, el que pone demanda ante el juez, para que otro cumpla con hacer ó dar alguna cosa. Como la persona del reo es privilegiada para algunos efectos, según puede colegirse de lo que he dicho al hablar del juicio posesorio, y se verá esto mas claro en el título de *Sentencias* y en otras partes, no puedo dexar de advertir, que aunque en los juicios dobles ambos litigantes, ó los mas que litigan sean en realidad actores, como se ha dicho en el *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 19., con todo para los efectos indicados, y para quando convenga deslindar la qüestion de quien sea en el modo que cabe actor, debe juzgarse que en dichos juicios lo es el que acudió primero á implorar el oficio del magistrado, *ley* 13. *Dig. de Iudic.*, Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 7. *glosa* 3. *part.* 10. *num.* 13. 91. *hasta el* 94. En las *decisiones* del mismo autor 320. 321. *y* 322. se puede ver, que el que, hallándose turbado ó molestado en el goce de su posesion, acude al juez es reo por lo que toca á la competencia del fuero : de manera, que el eclesiástico, que turba ó molesta al lego en el uso y goce de lo que posee, puede ser demandado en juicio secular : el molestado se defiende y por esto es reo.

Quién lo es en

3 Lo mismo, esto es, que el que acude al

las causas de jactancia, y en las de obligar al acreedor á que use de su accion.

magistrado debe tenerse por reo, y la persona contra quien se acude por actor, parece que debe decirse en el caso de la famosa ley *Diffamari*, que es la 5. *Cod. de Ingenuis et manumissis*, con la qual concuerda la 46. *tit.* 2. *part.* 3., y en el de la *ley Si contendat.* 28. *Dig. de Fideius.* En fuerza de la primera, aunque ella unicamente habla de aquellos, á quienes se infama en asunto del estado civil de la libertad ó ingenuidad, está generalmente recibido, que en qualquiera cosa, en que alguno se jacte sin derecho para hacerlo, puede el interesado poner demanda contra el que se jacta, obligándole á que pruebe su jactancia, y quando no lo hiciere se le condene á silencio y callamiento perpetuo. Estas son las causas, que se llaman de jactancia; cuyo formulario y modo de entablar la accion puede verse en la *Práctica universal del Sr. Elizondo tom.* 2. *pag.* 135. *y* 136.: estan llenos todos los libros prácticos de nuestro y de otros reynos de esta materia. No ménos está generalmente recibida la segunda ley, en fuerza de la qual el que teme perder alguna excepcion ó derecho por no poner demanda algun acreedor contra su deudor puede obligar á dicho acreedor, á que use de su accion en juicio, como en el caso, en que algun fiador tema, que el reo principal, ó los compañeros en su obligacion de fiaduría, no tendrán con que pagar, sino se les insta al tiempo de su solicitud. En la *decis.* 238. de Cortiada se trata de los juicios de estas dos leyes. En los dos casos, que comprehenden ellas, el actor se vé forzado á serlo, como en el ántes indicado del posesorio, aunque en los demas casos es libre qualquiera de ser actor ó dexar de serlo, no compeliéndose á nadie a que ponga demanda en juicio.

De la relaxacion del juramento ad effectum agendi, que necesitan algunos actores.

4 Lo que debe advertirse es, que al actor algunas veces le embaraza algun juramento: y en este caso, como quando se trata de un contrato injusto ó nulo, se necesita, para que se le oyga en juicio, de la correspondiente relaxacion. El juramento no ha de ser vínculo de iniquidad: no es mas que un nudo, con que se estrecha la obligacion: si no hay cosa, que estrechar, tampoco hay nudo: faltando el principal falta el accesorio: pero esto mismo se ignora en el principio del pleyto: y para no faltarse á la veneracion y respeto, que se debe á la sagrada obligacion del juramento, y por varios efectos particulares, que por derecho canónico y práctica de tribunales se da al juramento, mandándose cumplir lo que se ha jurado, prescindiendo de la fuerza de la obligacion civil, á que adhiere, se ha introducido, que el actor, que quiere impugnar la obligacion jurada, deba pedir al tribunal eclesiástico la absolucion ó relaxacion de él *ad effectum agendi*, como dicen. La relaxacion del juramento para anular el contrato no puede hacerla el obispo sin citacion de parte; pero si *ad effectum agendi*, y para habilitar la persona, á fin de que esta pueda manifestar el dolo, la lesion, y otros defectos semejantes: en esto no hay perjuicio ninguno de parte, pudiendo ella defenderse despues en el juicio, en que se trate de la nulidad del contrato. De este modo se concilian opiniones contrarias, que hay entre sí en este punto. Esto es, dice Peguera *cap.* 190., lo que se practica todos los dias en Cataluña, y que así está recibido en nuestra Audiencia. De otro modo se incurriria en dos males: el primero, en que el juez eclesiástico conoceria indirectamente de lo temporal, en que hubiese intervenido juramento: y el otro, en que so-

bre una misma cosa habria dos juicios. Lo mas conforme á derecho y lo mas expedito es el que á la simple demanda se conceda la relaxacion del juramento *ad effectum agendi*, y con ésta se acuda al tribunal correspondiente. En Castilla se practica lo mismo.

Algunos no pueden ser citados por el actor sin pedir éste vénia.

5 Antiguamente qualquiera particular podia llevar á otro, á quien hubiese encontrado en lugar público, al tribunal, como consta de Plauto *in Rudente act. 3. scen. ultima*, de otros autores antiguos y de la *ley* 5. *in fine Dig. Qui satisd. cog.*: á esto ya se dió nueva forma por Justiniano en las *novelas* 53. 96. *y* 112.: semejante modo de emplazar era ignominioso para los reos; y de aquí provino sin duda, que el pretor prohibiese sopena de multa, de la que se habla en las *leyes* 4., *penult. y ult. Dig. de In ius vocando*, el emplazar sin permiso á los padres, patrones y á los hijos de estos. Como en tiempo de Justiniano, y mucho mas en el dia está abolido el emplazamiento por el estilo antiguo, se disputa, si cesa tambien la necesidad del prévio permiso. Así lo juzga Cuyacio *lib.* 10. *Observ. cap.* 10., aunque otros son de parecer opuesto, como Perez en los comentarios al título del Código *De in ius vocando*. Generalmente no se tiene por necesaria semejante vénia: pero, por lo que parece siempre poco decoroso el que se necesite de la autoridad del juez para lo que se supone debido por derecho entre personas de distincion, se suele entre estas pasar por urbanidad un recado prévio, de que se acudirá al magistrado para su emplazamiento: ni en quanto á las otras personas queda fuera la obligacion de pedir la vénia: pues en el *Juicio civil de la Curia Filípica* §. 10. *num.* 5. *y* 6. se lee: *En qualquiera caso, que los descendientes*

demandaren á sus ascendientes, y el liberto al que le libertó, ha de ser pidiendo primero vénia y licencia al juez, el qual se la ha de dar sin citacion de parte adversa segun unas leyes de Partida. Y lo mismo se ha de decir demandando el yerno al suegro, aunque sea fenecida la afinidad segun Paz: y se entiende tambien demandando el súbdito al señor, de quien es vasallo, como lo dice Castillo; y el discípulo al maestro; el parroquiano al párroco; el ahijado al padrino de bautismo; el entenado á la madrastra muger de su padre, aunque no al padrastro marido de su madre, como alegando otros lo trae Socino, diciendo, que en lo tocante á pedir vénia el entenado á la madrastra hay diferencia y controversia de opiniones.

De lo que debe contener la demanda del actor.

6 La demanda del actor ha de ser breve, como todos los pedimentos judiciales, segun puede colegirse del §. 1. de la *ley ult. Cod. de Apellat.* y de la naturaleza del asunto: ha de ser clara y concebida en términos, que pueda por ella conocerse, en que se funda la pretension del actor, y que es lo que se pide, *ley* 4. *tit.* 2. *lib.* 4. *Rec.*, *ley* 6. *Dig. de Rei vind.*: no poniéndose de este modo seria injusto el suponer poseedor de mala fe al demandado desde el tiempo de la contextacion del pleyto, de lo que se hablará despues. Suele tambien expresarse en la demanda el oficio y domicilio del demandado para conocimiento de la persona, contra quien se dirige la accion.

Es útil expresar en la demanda la causa especial del dominio, ó de la obligacion pidiendo frutos, intereses y costas.

7 Comunmente veo recibido y prevenido sobre esta materia por los autores, como Heineccio en la *part.* 1. §. 335. *Elem. iur. sec. ord. pandect. en la nota*, en Oliva de *Action l.* 1. *part.* 1. *cap.* 11. *num.* 1. 13. *y* 14., y en el *Juic. civ.* de la *Cur. Filip.* §. 11. *n.* 7., que en la accion real basta expresar la causa general de dominio en cosas corporales y de quasi

dominio en las incorporales; y que, por lo que toca á las acciones personales, es preciso individualizar la causa especial, como por exemplo el contrato ó quasi contrato determinado de venta ú otro semejante. Esto es de derecho romano, y prevenido en la *ley* 14. §. 2. *Dig. de Excep. rei iudic.*, prescindiendo de otras. En la misma ley está la razon de diferencia, que no es fácil explicar en pocas palabras: ni parece, que del todo satisfaga: lo que es bien claro es la utilidad, que hay, como ya se advierte en los lugares citados de la *Curia Filípica* y de *Heineccio*, en expresar tambien en la accion real la causa especial de la accion, á fin de que en caso de perder la parte pueda por otra causa pedirse la misma cosa. Y con efecto es justo, que por exemplo el que pretende haber adquirido por compra y entrega el dominio de la alhaja, no quede excluido perdiendo el pleyto de pedirla por fideicomiso, ú otro título semejante, si le hallare, ó le hubiere adquirido de nuevo. Este derecho le queda sin duda salvo, *ley* 11. §. 2. *Dig. de Excep. rei iudic.*, *ley* 25. *tit.* 2. *part.* 3.: y no podria hacerse uso de él, si no constase claramente de lo que se ha tratado en el primer juicio. Conviene tambien, que la conclusion de la demanda sea extensiva á frutos, intereses, costas, y daños, pidiéndolos en los casos, que corresponda.

De otras cosas que debe contener la demanda.

8 Sobre si se pueden ó no acumular algunas acciones, ó si la una destruye á la otra, no tengo que detenerme, por ser esto de derecho privado, y de interes pecuniario de las partes, que han de tenerlo sabido. En los títulos del Digesto y del Código de *Edendo* pueden hallarse mas cosas sobre este punto, bien que fuera de lo dicho apénas queda nada de uso y de práctica en estos tiempos, porque todo lo relativo á fórmulas y rodeos de la

antigua jurisprudencia de los romanos está desterrado del foro. En el §. 11. del *Juic. civ. de la Cur. Fil. num.* 11. y siguientes se habla del modo, con que debe ponerse la demanda: allí puede verse lo que aquí se eche ménos. Se dice allí mismo, que referido el hecho se suele poner, que el reo ha sido requerido ó interpelado extrajudicialmente; que se condene; que se implora el oficio del juez; que se pide justicia; que se protestan las costas; que se jura no hacerse la demanda por malicia. Este juramento está fundado en el título de las Decretales de *Iuramento calumniae* y en el del Código de Justiniano de *Iureiur. propt. calumn.*, como tambien en la *ley* 23. *tit.* 11. *part.* 3. y en nuestro *usage* 1. *y const.* 1. *de Jurament de calumnia.* En el *cap.* 5. *de Iuram. calumn.* parece, que no se desaprueba la costumbre, que pueda haber en esto contraria, como la hay generalmente en el juicio civil, en que no suele prestarse.

Quando hay sospecha de calumnia puede obligarse al juramento de que no se procede con malicia.

9 En el *cap.* 2. §. *ult. de Iuram. calumn. in sexto* parece, que siempre y en qualquiera parte de los autos, en que hubiere sospecha de que por alguno de los litigantes se proceda con malicia, se le obliga á prestar igual juramento, como se nota tambien en el párrafo citado poco ha de la *Curia Filípica.* Las demas cláusulas, quando no sean necesarias, como no lo parecen en realidad, pueden ser siempre muy útiles, por lo que se lee en la explicacion de cada una de ellas en dicho lugar.

El actor prestaba antiguamente caucion de seguir el pleyto, y de pagar determinada can-

10 Para evitar el riesgo de quedar frustrado é ilusorio el juicio debia el actor por derecho romano prestar caucion fidejusoria, ó á lo ménos juratoria, de seguir el pleyto hasta sentencia definitiva, y de pagar en caso de absolverse el reo una décima parte de la cantidad demandada á título de expensas y

tidad en caso de absolverse el reo.

gastos, *novel.* 96. *cap.* 1., *nov.* 112. *cap.* 2. En la glosa del *cap.* 1. *de la novel.* 96. se dice, que ya no está esto en uso. En Castilla no lo está: ni en el lugar citado del juicio civil, en donde se trata largamente de la demanda y de todas sus cláusulas necesarias y de estilo, ni en otros autores se halla semejante prevencion: si insiste el actor, y es temerario el pleyto, se le condena en costas y daños en el modo, que se verá despues: y el demandado, teniendo siempre derecho para adelantar el pleyto, é instar la declaracion, nunca puede quedar perjudicado, en que el actor dexe de seguir.

En Cataluña antiguamente el actor y reo prestaban caucion de estar á derecho y juzgado.

11 Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 15. *part.* 2. *num.* 129. *hasta el* 136. dice, que antiguamente en Cataluña todos los juicios empezaban por lo que se llamaba *firma de derecho*, tanto por parte del actor, como del reo, por el usage *Omnes homines firmare debent De iudiciis et firma iuris* en el primer volúmen y por otros textos, citando autores municipales antiguos. Segun estos dicha *firma de derecho* se habia introducido en lugar de la caucion de estar á derecho y juzgado.

De la caucion y juramento del reo, y en qué casos deben prestarse.

12 Esta por derecho romano no la prestaba sino el reo, segun parece del título de los Digestos *In ius vocati ut eant*, y del §. 2. *Instit.* de *Satisdat.*, aunque el actor debia dar la que ántes se ha dicho, que se reduce á lo mismo, por lo ménos por el derecho del Código. De la *ley* 23. *tit.* 11. *part.* 3. consta, que el reo debe prestar el juramento de calumnia, ó que puede ser obligado á ello, como ya resulta tambien de lo que habiamos dicho *num.* 9.: y en la *ley* 41. *tit.* 2. *part.* 3. se lee, que, si el demandado no está arraigado, puede instar el actor, que le dé fiador, que esté á derecho, y que, no hallandole, ha de prestar el juramento de estar á derecho.

13 El que quiera mayor noticia de las cauciones de actor y reo por derecho romano puede buscarla en el título de *Instituta* de *Satisdationibus* y en sus comentadores. *De los títulos, que tratan de esta materia.*

14 Volviendo á hablar del actor, y de lo que referimos en quanto á Cataluña, dice Fontanella en el lugar citado, que se habia dexado el uso de la *firma de derecho*, atribuyéndolo á ignorancia del derecho pátrio y romano, y que solo se estilaba despues, quando se introducia causa contra algun ciudadano de Barcelona, porque el que lo era tenia privilegio de Pedro III. de 26 de julio de 1380., para no podérsele obligar á comparecer en juicio sino precediendo dicha firma. Añade, que esta en los pocos casos, en que habia quedado su uso, se reducia á decir, que el actor *firma derecho y de derecho sobre sus bienes por diez sueldos con el debido aumento*, y con cláusulas universales, prometiendo estar á derecho y juzgado, obligando todos sus bienes y cada uno de ellos. Las palabras de los *diez sueldos con el debido aumento* dice, citando autores nacionales, que contienen todo lo que comprehende la causa, y lo que puede aumentarse. En una *Práctica*, que llaman de Coll, del apellido de un abogado de crédito, que la hizo en estos últimos tiempos, veo que se trae dicha cláusula, como peculiar del tribunal ordinario de Barcelona, diciendose, que es de forma y substancia en términos de ser nulos en otra forma los procedimientos del juicio: cita para esto á Fontanella. Con todo aun en dicho juzgado son muchos los que la omiten, sin suscitarse sobre esto disputas de nulidades ni perjuicios. Cortiada *decis.* 12. *num.* 4. *hasta el* 23. dice, que tambien se usa de dicha cláusula en las causas, en que se trata de despojo de casas, y en las de *Cláusula subrogada en Cataluña en lugar de la antigua caucion del actor.*

competencias de jurisdiccion eclesiástica. En la Audiencia, y en los demas tribunales parece, que no está en uso. Dicha cláusula, equivalente ó subrogada en lugar de la caucion, puede tener la utilidad de hipoteca.

Pide el actor el emplazamiento del reo.

15. Al fin de la demanda debe pedir el actor, que sea emplazado el reo, siendo éste el primer paso del juicio, §. *ult. Instit. de Poen. tem. litig.*

Conclusion de la demanda.

16 Al tenor del derecho, que da la accion, debe pedir el actor, ó que sea adjudicada la universal heredad y bienes, ó el dominio de alguna cosa condenándose al reo, en haber de dexar libre y expedita la posesion si se trata de accion vindicativa, ó en la alternativa de dexar expedita la posesion, ó de pagar cierta cantidad, si se habla de la hipotecaria, ó en haber de pagar precisamente alguna cantidad, ó hacer alguna cosa, si se trata de accion personal.

Sobre si se puede pedir el emplazamiento de algunas personas sin expresarlas determinadamente.

17 En Cataluña, segun parece de Fontanella en la *decis.* 567. *num.* 10. *y* 11. estaba generalmente recibido el emplazamiento de algunos sin expresar sus nombres y apellidos, pidiéndose en la demanda, que se citen algunas personas determinadas, y añadiéndose *y los demas en el acto de la citacion nombraderos*, teniéndose la citacion de los que así se emplazasen por válida y legítima con los mismos efectos, que si se hubiesen nombrado determinadamente en la demanda. En el dia parece, que ha ocurrido sobre esto alguna dificultad, y que no permite la Audiencia, que se citen sino á los que determinadamente se nombran.

Tres partes que deben distinguirse en la demanda.

18 Parece que deben reducirse á tres partes, como suele prevenirse por los autores, las que ha de tener una demanda: la primera la narracion del hecho; la segunda la causa de la deuda, ó la

accion ó acciones, que se proponen, bien que segun el derecho canónico en el *cap. 6. de Iudiciis*, generalmente recibido, no es necesario expresar el nombre; y la tercera la súplica. Con tal que del proceso conste de la intencion de la parte, por inepta que sea la demanda, queda salvo el derecho, habiéndose abolido el uso de las fórmulas antiguas, *Constit. unica de Donar. libel.*: está en esto en todas partes conforme la práctica, justamente fundada en la natural razon, de que el juez no ha de atender sino á la verdad, y á lo que bien ó mal propuesto por las partes resulta justificado.

19 En todas las demandas suele ponerse la cláusula saludable, con que piden los interesados, que se les administre la justicia *en el mejor modo, que haya lugar en derecho*, ó *como mas haya lugar en derecho*. Sobre algunos efectos favorables, que puede tener esta cláusula, puede verse Amigánt *ad Pegueram rub. 1. num. 36. y 37.* *De la cláusula como mas haya lugar en derecho.*

20 Sobre si se puede variar por derecho comun, y hasta qué tiempo, la demanda, y si en cosa substancial, parece que no convienen los autores, defendiendo algunos, que solo puede hacerse hasta la contestacion, y otros hasta el fin de la sentencia. La opinion de los que defienden la última parte parece la mas fundada en derecho, como se puede ver en los comentarios de Vinio al §. 35. *Instit. de Action.* Por nuestro derecho municipal en la *const. 4. de Donar. libel. ó demanda* está bien expreso, que hasta sentencia definitiva: y corrientemente dicen siempre todos nuestros autores, que todos los autos son demanda: *totus processus habetur pro libello.* Los mismos convienen en que, verificándose dicho caso, debe el que varía pagar al colitigante todos los gastos del pleyto seguido hasta *Sobre si se puede variar la demanda, y hasta qué tiempo.*

entónces : es esto justísimo, y bien clara la razon, en que se funda esta doctrina.

21 En Castilla se acostumbra poner la demanda con la protesta de suplirla, corregirla ó enmendarla segun convenga en el progreso del juicio: esta cláusula facilita la facultad de mucha variacion, aunque no la da para una total mudanza.

22 De las escrituras, que se han de presentar con la demanda, se hablará en el *cap.* 4. *sec.* 2.

CAPÍTULO II.

De la citacion.

Qué es la citacion.

1 Al pie de la demanda del actor suele proveer ó mandar el juez la citacion del reo demandado. La citacion es el llamamiento, con que se obliga á parecer al reo ante el juez competente, á estar á derecho, y cumplir su mandamiento ó sentencia, *ley* 1. *tit.* 7. *part.* 3. En fuerza de dicha provision ó decreto se da el despacho: en él se manda por el juez al reo demandado, que comparezca dentro del competente término, que ya se prefixa.

Término que se da en Castilla y Cataluña para comparecer al reo citado.

2 En Castilla por la *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 4. *Rec.*, quando el emplazamiento es de aquende de los puertos del lugar donde estuviese el consejo ó la audiencia, el término, que se ha de dar en la carta de emplazamiento, para que parezca el reo, es de treinta dias, y de quarenta si fuere allende de los puertos. En Cataluña es de diez dias, y de veinte y seis si es noble el demandado, como se ha visto en el *lib.* 1. *tit.* 9. *c.* 14. *sec.* 2. *art.* 2. *n.* 26. En el dia no está en uso esta diferencia en los emplazamientos de la Real Audiencia : habrá esto provenido de

ser en dicho tribunal, como se verá en el *cap.* 7. *sec.* 1. *art.* 1., arbitrarias las dilaciones.

3 En qualquiera despacho de emplazamiento se manda comparecer al reo dentro del término prefixado con conminacion de que en caso de no comparecer sin obstar su ausencia se procederá contra él del mismo modo, que si estuviese presente.

De lo que se manda en el emplazamiento.

4 Del emplazamiento con cláusula justificativa, como dicen algunos, se hablará en el *tit.* 3. *cap.* 2. *sec.* 2. al tratar del juicio extraordinario.

Del emplazamiento con cláusula justificativa.

5 La citacion se tiene por acto substancial; y lo es ciertamente, porque la defensa es de derecho natural, divino y positivo, *num.* 1. *y* 2. del §. 12. *Juic. civ. de la Cur. Fil.*: concuerdan en esto los autores, defendiendo todos, que nadie puede ser legítimamente condenado sin ser oido, como se verá en el *cap.* 7. *sec.* 1. *art.* 1. y en el *tit.* 5. *capit.* 13. *sec.* 1.

El emplazamiento es acto substancial de derecho natural y divino.

6 La notificacion del decreto de citacion, como la de todos los actos judiciales, debe hacerse determinadamente á la misma persona del reo: si esto no fuere posible se notifica la citacion á los domésticos, inquilinos de la casa, que habita el demandado, ó á sus procuradores, *ley* 4. §. 5. *Dig. de Damn. inf.*, *ley* 1. *tit.* 7. *part.* 3.: si no tiene casa ú hogar el reo, ó anda vagando, se le ha de citar por pregon ó edicto, *ley* 1. *tit.* 7. *part.* 3., *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 12. *número* 8. *y* 9.: y aquí se dice, que lo mismo debe hacerse quando las personas, que han de ser citadas, son inciertas. Del mismo lugar y de la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* consta, que si no puede ser habido el reo, puede citarse, haciéndolo saber á dos de los vecinos mas cercanos. No compareciendo el reo los decretos, que provee el juez en el curso de la causa, se fixan en

De cómo debe notificarse el emplazamiento al reo con distincion de casos.

los estrados ó puertas del tribunal, *cap. ult. de Dol. et contum.*

A quién debe notificarse el decreto de emplazamiento quando se dirige á un cuerpo.

7 Quando el reo es persona determinada, ó verdadera segun la expresion de los jurisconsultos, es bien claro, á quien debe hacerse la notificacion del decreto: quando es fingida, ó representada por muchos individuos formando un cuerpo político, puede haber sobre ello algunas dudas, en que se ha de seguir la práctica autorizada en cada lugar. En la *ley* 13. *tit.* 2. *part.* 3. se dice, que quando se ha de poner demanda contra concejo, cabildo ó convento debe notificarse el decreto de emplazamiento al personero, *que fuere puesto para responder por ellos*: pero puede quedar dificultad para los casos, en que no le hay, ó no sea conocido por tal. En Cataluña está recibido, que la citacion se entienda legítimamente hecha notificándose á la cabeza del cuerpo, Cortiada *decis.* 123. *num.* 16.: si son muchas las cabezas, como muchos administradores, no basta, dice él mismo, citarse á uno solo, sino á la mayor parte, *num.* 18. *ibid.* hasta el fin.

Quándo se necesita de nuevo emplazamiento habiéndose sobreseido algun tiempo en la causa.

8 Quando se ha sobreseido mucho tiempo en la causa, no habiéndose hecho ningun procedimiento, la parte, que quiere seguirla, debe hacer citar por retardado á su colitigante. Sobre quando se entiende haber pasado mucho tiempo para la necesidad de nueva citacion se habrá de seguir la práctica autorizada en cada lugar. Por derecho no se halla esto determinado. En Cataluña se tiene por necesaria la nueva citacion, quando han pasado ocho años. Así se lee en la *rúbrica* 6. de la *Práctica* de Peguera *num.* 80. Esta necesidad de repetir la citacion proviene de considerarse, que con tanto tiempo de callar y sobreseer se presume, que las partes renunciáron á la instancia empezada, como

dice Cancér *de Renuntiation.* en el *número* 197.

9 En la citacion parece correspondiente, que se haga saber al reo en que se funda la demanda del actor, á fin de que pueda deliberar lo que le tenga mas cuenta, ó allanarse á lo que se pide de él ó resistirse, y de que pueda presentarse mas apercibido al tribunal, *ley* 1. *Dig. de Edendo.* *Del modo con que se expide la citacion.*

10 En Cataluña quando el reo está en el lugar de la jurisdiccion, que cita, sola y secamente se le manda comparecer notificándosele el emplazamiento: y esto naturalmente provendrá, de que compareciendo el reo en la causa luego puede ver con el traslado la demanda. Quando está fuera del lugar de la jurisdiccion se expide el despacho regular á la justicia correspondiente, en el qual está á la letra la demanda. En Castilla, quando el reo está en lugar de la jurisdiccion, el escribano de diligencias notifica al reo el mismo auto original del emplazamiento y la demanda. Quando está fuera se libra el despacho del mismo modo, que se ha dicho en quanto á Cataluña, siendo muy ligera la diferencia, que resulta del derecho ó práctica de una parte á otra. *El reo emplazado debe saber en que se funda la demanda del actor.*

11 La notificacion del decreto de emplazamiento, ya sea de un modo, ya de otro, puede hacerse en Cataluña y otras partes por portero ó nuncio del tribunal, á cuya relacion, que se pone por el escribano de la causa en los autos, se da entera fe y crédito, aunque no haya testigos de ella, por ser persona públicamente autorizada para dicho fin, y convenir esto al pronto despacho y administracion de justicia. Se hace la notificacion tambien por medio de escribano con testigos, extendiéndose la correspondiente diligencia: este es el mejor medio para quando se prevé, que no *Por quien debe hacerse la notificacion del emplazamiento.*

ha de comparecer el demandado, ó que ha de haber incidentes y dudas de conseqüencia sobre la verdad ó falsedad de la notificacion: pues, aunque deben ser creidos en su relacion los porteros ó nuncios ó alguaciles de qualquiera audiencia, con todo cabe contra los mismos prueba en contrario: y no dexan de ser muchos en varios casos los motivos de desconfianza, que hay, echándose ménos una probanza bien justificada sobre un punto tan substancial, y de tanta conseqüencia, quando no ha comparecido la parte. Puede verse sobre esto Fontanella en la *decis.* 567. *num.* 12. al fin, que trae todo lo dicho de los modos de notificar. Puede la notificacion hacerse por el mismo escribano de los autos con diligencia, que nota, como todas las demas en el mismo proceso; y en algunas partes hay, á mas del escribano actuario de la causa, otro de diligencias para éste y otros actos. Á todo lo dicho sobre los dos medios de notificar la citacion es conforme lo que se lee en la *Curia Filípica* §. 12. *n.* 15., en donde se dice: *hase de hacer la citacion por el escribano, portero ó persona, que tenga cargo de emplazar, y por mandado del juez de la causa.* Pero en el dia la práctica general de Castilla es la de que no solo la notificacion del decreto de emplazamiento, sino tambien la de todos los demas, se hace por el indicado escribano de diligencias. Puede verse sobre esta materia por quien desee mayor instruccion el §. 12. del *Juic. civ.* de dicha *Curia.*

CAPÍTULO III.

De la contestacion.

1 Despues de proveido el decreto de citacion por el juez competente, extendido á su tenor el mandamiento y notificado, se sigue inmediatamente la comparecencia del emplazado, esto es el acto, con que él se presenta ante el juez en cumplimiento de la órden, que se le ha intimado. Si la citacion no dimana de juez competente puede el reo dexar de presentarse: y es bien sabida la sentencia de Paulo en la *ley ult. Dig. Iurisdict.*, que al que manda fuera de su territorio, ó mas allá de adonde alcanza su jurisdiccion, impunemente se le desobedece. Con todo parte por urbanidad, debida á una persona autorizada con facultad de conocer y decidir causas, y parte porque muchas veces sucede, que el que no es juez competente por la naturaleza de su jurisdiccion lo es por algunas de las razones, que he explicado en la *sec.* 4. *cap.* 9. *tit.* 9. *lib.* 1., es siempre conducente, que el reo se presente á proponer su misma excepcion declinatoria de fuero, quando no se trata de procedimiento muy errado y afectado del juez en arrogarse facultades, que por ningun lado ni camino pueda tener.

El reo emplazado debe presentarse, ménos quando lo sea por juez incompetente.

2 Esta comparecencia no es, ni puede decirse contestacion de pleyto, aunque algunos le dan este nombre: en la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 14. *num.* 1. se dice: *Contestacion es el primer acto, que el reo hace en juicio, negando ó confesando la demanda, que le puso el actor.* Esto no puede ser sino hablando en general y abusivamente del nombre de contestacion:

En qué consiste la contestacion de pleyto.

por lo demas, si se habla con propiedad y con la debida distincion de cosas en esta materia, no hay contestacion sino quando, reconociéndose la jurisdiccion del magistrado, que manda emplazar, se niega y se resiste el reo á la solicitud del actor; no reconociéndose la superioridad y autoridad del juez, que emplazó, y no quedando decidido quien deba serlo, no puede haber juicio ni pleyto: por otra parte es evidente, que confesando el reo, ó allanándose á dar lo que se le pide, no puede haber pleyto, y por consiguiente no puede haber en este caso contestacion de él. Con efecto en la *authentica Hodie* á la *ley* 14. §. 1. *Cod. de Iudiciis* parece, que se supone requisito necesario para contestacion la contradiccion del reo. Lo mismo parece de Cancér de *Litis context. num.* 5. *hasta el* 8. *num.* 13. *y* 14. Contestacion pues es la contradiccion, que hace el reo ante el juez, que le mandó comparecer, á la demanda del actor.

Término para la contestacion, y desde qué tiempo corre.

3 En Castilla está prefixado el término de nueve dias para poner la contestacion, siendo estos dias continuos, que corren de momento á momento desde el dia, en que la demanda fué notificada al demandado ó á su procurador *ley* 1. *t.* 4. *l.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 14. *n.* 6. En Cataluña el término de la contestacion es de ocho dias contados desde que se notificó al reo la demanda, *const.* 2. *de Donar. libel.*, Cancér *part.* 2. *cap.* 13. *n.* 26. Los nueve dias del derecho de Castilla, y los ocho del de Cataluña, deben contarse desde el tiempo de la notificacion de la demanda, como se ha dicho, y es expreso en las leyes citadas: pero parece, que estas deben entenderse de la notificacion, que se hace de la demanda mediante el traslado regular, quando ha parecido el reo en juicio en fuerza del

emplazamiento, y no de la notificacion de la demanda, que se hace siempre en Castilla en la diligencia del emplazamiento, y muchas veces en Cataluña segun lo dicho en el *num.* 10. del capítulo anterior. En la *ley* 1 *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.* se decide la dificultad, que pudiese en esto haber, por lo ménos en quanto á Castilla: pues allí se lee, que los nueve dias de la contestacion se han de contar del fin del término de la carta de emplazamiento. Además el emplazamiento ya da para presentarse en juicio los treinta ó quarenta dias, como se dixo en el *cap.* 2. *num.* 2.

La rebeldía acusada se tiene por contestacion, y en leyes antiguas por confesion.

4 La contestacion del pleyto no debe ser precisamente expresa: basta la tácita ó presunta por ley. No compareciendo el reo debe presumirse su contradiccion y resistencia á lo que se le pide: y la misma contumacia ó rebeldía, que así se llama en estilo forense y en las leyes el no comparecer, se tiene por contestacion, sin detener los procedimientos del juicio. Casi en todas partes hay estatutos particulares sobre esto, á fin de que no libre mejor el reo contumaz que el obediente, y para que no pueda el primero á su arbitrio frustrar y burlar la solicitud de la parte y las órdenes del magistrado. En derecho romano consta por la *ley* 73. *Dig. de Jud.* y la 13. §. 4. *Cod.* del mismo título, que estaba autorizado este modo de proceder. Tambien está expresamente aprobado en la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *Rec.*, y que sea habido el reo por confeso: esto no procedia por derecho romano, como lo convence la ley citada 73.: pero de lo que se dice en la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 14. *num.* 9. consta, que, no obstante esta confesion presunta por ley de la contumacia, puede poner el reo sus excepciones en el término debido; que ha de ser admitido y re-

cibido á la prueba de ellas; que la fuerza de la confesion es cargar la prueba del actor al reo, y que éste tambien puede apelar. Del *num.* 10. *ibid.* y de Salazar en su *Práctica parte* 2. *pag.* 144. consta, que se tiene por dura la confesion ficta, y que no se ha de atender sino por los jueces inferiores. Tanto de esto, como de los motivos de impedimento, que pueden alegar las partes, parece que todos los efectos de la confesion ficta, de que tratamos, se reducen á legitimar los procedimientos, y á que no se pueda oponer ninguna nulidad con pretexto de faltar un acto substancial, como el de la contextacion.

5 Del *num.* 17. del §. 12. *Juic. civ.* de la *Curia Fil.* y del *num.* 8. §. 14. *ibid.* parece, que es necesario, para que la contestacion tenga dichos efectos, acusar la rebeldía, y que aun para el de la confesion ficta se necesitaria de declaracion de juez. De Salazar en su *Práct. part.* 2. *p.* 143. *y* 144. consta lo mismo, y que no es necesario acusar por tres veces la rebeldía, bien que comunmente se acusa por primera, segunda y tercera vez. Lo propio se ve en Colon *Juic. ordin. pag.* 20.

Como en Cataluña tiene la rebeldia fuerza de contestacion.

6 En Cataluña no es necesario, ni se estila acusar la rebeldía. Algunos de nuestros autores pretenden, que se necesita de algun acto positivo en el juicio aunque sea del actor, para que la contumacia tenga fuerza de contestacion no pareciendo el reo. Cancér en el *capítulo de Litis contestatione num.* 11. 12. *y* 51.. y en el *de Rebus litig. num.* 57. *hasta el* 61. defiende, que la sola rebeldía de el que no comparece pasados los ocho dias es contestacion: á favor de esto hay una decision de nuestra Audiencia en la 274. *num.* 28. de Fontanella: otros hay de dictámen opuesto, como se puede ver en la

misma, y en la 273. La qüestion no es muy interesante: no pueden ser muchos los efectos de la diferencia de una á otra opinion, cuyos fundamentos se pueden ver en los citados autores. Lo que importa saber es, que no hay diferencia en quanto al curso del pleyto; que puede él seguirse por el actor, tanto si se presenta, como si no se presenta el demandado, haciéndose las notificaciones de los proveidos en los estrados del tribunal: y esta es la práctica inconcusa en esta provincia, sin observarse otra diferencia en el caso de no haber comparecido el reo, y el de haber comparecido, que el que en el primero siguiéndose la causa en rebeldía se le cita de nuevo para el decreto de execucion, Fontanella *decis.* 273. *num.* 4.

7 En casi todas partes, variada quando mas alguna circunstancia de poco momento en quanto al modo, se observa lo mismo, de no impedir la rebeldía del demandado los procedimientos del litigio.

De dos modos con que se puede proceder en Castilla contra los reos cotumaces.

8 En Castilla parece, que la rebeldía da derecho al actor para una de dos vias, ó la de prueba, siguiendo la causa por via ordinaria en ausencia del reo, notificándose los proveidos en los estrados del tribunal, ó pidiendo asentamiento, que es entregársele los bienes del reo. Así se lee en el *Juic. civ.* de la *Curia Filípica* §. 14. *num.* 11. *y* 12., citándose para esto las leyes de Recopilacion con distincion de acciones reales á personales, y hablándose del tiempo, que tiene para purgar el reo la rebeldía. Pradilla en la *part.* 2. de sus *Leyes penales caso* 35. habla de esta materia, que, por ser de poco uso en quanto al asentamiento, omito aquí, remitiendo al lector á los autores citados.

Del término

9 En el *capítulo* siguiente *sec.* 2. se tratará otra

que hay para la contestacion.

vez del término, en que debe hacerse la contestacion: será allí mas oportuno hablar de esto por la conexîon de la materia con los términos, que se dan para las excepciones, reconvencion, réplica y dúplica.

La contestacion es acto muy substancial del pleyto.

10 La contestacion es un acto substancial del juicio, y la raiz, piedra angular y fundamento de él, como se dice en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 14. *n.* 1., confirmando lo mismo el *capítulo único de Litis contest.*: lo propio consta de la *ley* 7. *tit.* 3. *part.* 3.: y es oportuna para lo mismo la *ley* 3. *tit.* 10. *part.* 3., en donde se lee lo siguiente: *comenzamiento é raiz de todo pleyto, sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda é por respuesta delante del judgador.*

En causa de apelacion no se necesita de nueva contestacion.

11 En la causa de apelacion comunmente veo recibido, que no se necesita de nueva contestacion: la razon es clara, porque no hay entónces nuevo pleyto, sino el mismo en segunda instancia: y por consiguiente para un pleyto basta una contestacion, Perez *in Cod. tit.* 9. *lit.* 3. *num.* 8., Cancér *de Litis context. num.* 58. *hasta el* 68.

Efectos de la contestacion.

12 Los efectos de la contestacion son muchos. Ella corta la prescripcion; perpetúa las acciones temporales, y constituye en mala fe al poseedor de la cosa demandada: pero estos y otros efectos son de derecho privado y del interes particular de los litigantes. El efecto de derecho público de la contestacion es, que hace competente al magistrado, que en otra manera pudiera no serlo, en los casos, en que se puede prorogar la jurisdiccion segun lo dicho en la *sec.* 4. *cap.* 9. *tit.* 9. *lib.* 1., ó en los casos, en que el reo podia recusarle, *ley última tit.* 10. *part.* 3.: porque es regla de derecho, que el juicio en donde ha tenido su principio

allí mismo ha de tener su fin, *ley 7. y 30. Dig. de Iudic.*, *capítulo 19. de For. comp.*

13 En Cataluña se puede decir, que tiene otra fuerza la contestacion; y es que obliga al reo á suministrar los documentos, que tiene, y él mismo cita en sus pedimentos. Pues por el usage *Item provida 5. de Testimonis* debe exhibirlos el reo, aunque hayan de fundar el derecho, que pretende el actor. Así lo defiende Cancér de *Instr. edit. num. 1. hasta el 3.*; y en la *part. 3. cap. 1. num. 23.* dice, que para conseguirse esta exhibicion de órden del juez se va á la casa del reo, y se hace aprehension de las escrituras relativas al fin del actor: con todo en el *num. 21. de Instrum. edit.* dice, que él siempre limitó la inteligencia de este derecho al caso de no poder hallarse en otra parte cómodamente el instrumento ó instrumentos, que solicita el actor. Parece bien justa y legal la limitacion, porque lo que se dispone con dicho *usage* es obligacion demasiado dura, y reconocida como tal en la *ley 7. Cod. de Testib.*: es natural en qualquiera la repugnancia en suministrar armas contra sí mismo.

En Cataluña se obliga á que el reo presente los documentos que cita.

CAPÍTULO IIII.

De las excepciones, reconvencion, réplica, y dúplica.

SECCION I.

De las excepciones en general, y en particular de las recusaciones, de la reconvencion, réplica, y dúplica.

De lo que es en rigor y en sentido regular la excepcion.

1 Al reo demandado corresponde defenderse con algun género de defensa, que destruya la pretension del actor; y á esta especie de defensa llamamos excepcion. Este nombre nació sin duda de la fórmula, con que antiguamente el pretor encargaba al juez, que condenase al reo al pago ó entrega de alguna cosa, poniendo la excepcion de si hubiese ya satisfecho, ú otra semejante. De aquí y de la naturaleza de la misma cosa, por apoyarse siempre el actor en regla general, de la qual no hay otro escape, que el de alguna excepcion particular, proviene este nombre, de que usamos, para significar qualquiera evasion, razon ó motivo, que se pueda alegar por parte del reo en defensa del propio derecho, oponiéndose á la solicitud del actor, y rechazando su pretension. Los jurisconsultos romanos, quando hablan con todo rigor y en términos facultativos adelgazando esta materia para varios efectos, que pueden seguirse, solo llaman excepcion á la defensa, que, suponiendo en pie y en su fuerza la obligacion, en que se funda el actor, la excluye con algun color de equidad, como quando se trata de alguna obligacion contraida con miedo grande y capaz de

perturbar á un hombre de constancia y valor: en este caso los jurisconsultos romanos tenian por válida en rigor la obligacion, pero permitian, que, quitados despues los efectos, el pretor concediese excepcion por una razon de equidad natural. Esta y otras excepciones de esta misma naturaleza son las que en propiedad y sentido legal se llaman tales, §. 1. *Instit. de Except.*, *ley* 2. *Dig.* del mismo título: pero no solo en el comun modo de hablar de las gentes, sino aun de los mismos jurisconsultos, y señaladamente en el foro, se da el nombre de excepcion á todo lo que opone el reo para rechazar la pretension del actor: y en este mismo sentido usaré de él aquí.

Distincion entre excepciones dilatorias y perentorias.

2 De este género de excepciones unas son dilatorias y otras perentorias. Excepciones dilatorias me parece, que pueden definirse las que, sin destruir del todo la accion, difieren ó retardan el efecto de ella para otro tiempo, lugar ó juicio, impidiendo su ingreso ó prosecucion, como por exemplo la de declinacion de fuero, la de pleyto pendiente sobre lo demandado en otro tribunal, la de plazo concedido, y que no ha espirado todavía, para la paga, de recusacion de juez, de defecto en la parte para presentarse en juicio, de excusion del reo principal, y de otras causas semejantes, §. 10. *Inst. de Except.* Excepciones perentorias son las que no solo retardan, sino que destruyen y matan, si es lícito valernos de este verbo con alusion á la etimología de la misma palabra de *perentorias*, la accion propuesta, como la paga, la novacion, la compensacion, la aceptilacion, la concordia, y por fin todos los modos de disolver una obligacion, §. 9. *Inst. de Exceptionibus* y *ley* 3. *Dig. eod.* En los comentarios al título de *Exceptionibus* de la Insti-

tuta civil, y á los títulos correspondientes del Digesto, y del Código, se puede ver fácilmente todo lo perteneciente á esta materia, cuyo conocimiento, por lo que toca al modo y la naturaleza de las excepciones, es mas, que de derecho público, del privado, y del interes de los particulares. La excepcion dilatoria, que tiene mas íntima relacion con el derecho público, es la de recusacion de juez, con que puede el demandado evitar el juicio á que se le llama: y por lo mismo me parece, que debe contarse entre las excepciones dilatorias.

Las dilatorias se proponen con protesta de no contextar el pleyto.

3 Todas estas excepciones dilatorias suelen proponerse con protesta de que no se hace uso de ellas con ánimo de contestar el pleyto, ni de prorogar la jurisdiccion si se trata de la declinatoria de fuero: y por lo mismo se dice en el §. 13. *Juic. civ.* de la *Cur. Fil. num.* 9., que al oponer excepciones dilatorias es útil poner la cláusula de protesta de no atribuir mas jurisdiccion en lo que se tratare, de la que de derecho compete al magistrado, á quien se propone. Puede hallarse mas doctrina por quien la quiera en órden á excepciones dilatorias y perentorias en el §. 13. *y* 15. del *Juic. civ.* de la *Curia Filípica.*

La recusacion de juez es excepcion dilatoria; y los romanos tenian ámplia libertad para recusar á qualquiera juez.

4 Supuesto ya lo que he dicho, que la recusacion de juez es excepcion dilatoria, y que tiene ella mas inmediata conexîon con el derecho público, que ninguna de las demas, siendo por otra parte esta materia de mucho interes para los litigantes, es preciso hablar un poco de ella. Es cosa muy dura, y de temibles conseqüencias el haber de ser el reo juzgado por un enemigo suyo, ó por personas interesadas en condenarle con las poderosas pasiones de interes, amor, ódio, avaricia, ú otras semejantes: tambien es duro, aunque no tanto, el haber de ser juzgado por magistrado, de quien desconfie

ó tenga rezelo la parte, aunque no pueda justificar causa particular y legal para recusarle. Por esto los romanos diéron en esta parte mucha libertad á los particulares. Estos no podian recusar á un magistrado ordinario: pero, como el magistrado ordinario no hacia mas, que dar las fórmulas, á cuyo tenor debian decidir las causas los jueces, y de estos se señalaban cada año en Roma quatrocientos cincuenta, de los quales escogian los litigantes los que querian conviniéndose ambas partes, el éxîto de las causas estaba siempre en manos de personas de su mayor satisfaccion, gloriándose Tulio en la oracion pro *A Cluentio cap.* 43., que ningun ciudadano romano podia ser condenado sino por persona elegida de su acuerdo y voluntad.

Los magistrados ordinarios de España se podian libremente recusar.

5 En el dia tenemos en esta parte algo variado el derecho antiguo ó modificado con los límites, que voy á explicar. De la *Curia Filípica libro* 2. *Com. ter. cap.* 15. *num.* 8. y del Sr. Elizondo *tom.* 1. *Práct. univ. pag.* 139. parece, que por derecho de Castilla los magistrados ordinarios pueden ser recusados voluntaria y libremente sin justificacion de causa, por no removérseles del todo del conocimiento, obligándoles solamente á acompañarse con otro. En Cataluña parece, que tambien se recusaban voluntariamente muchos jueces con solo juramento de la parte: y con carta circular de nuestra Audiencia de 31 de diciembre de 1748, dirigida á los corregidores de la provincia, se advirtió á las justicias, que no debian admitirse recusaciones de jueces sin prévio conocimiento y legítima justificacion de causa.

En 1766 se limitó dicha libertad á la

6 En estos últimos tiempos con ley general á todo el reyno de 27 de mayo de 1766 se mandó para cortar las recusaciones vagas, que solo se

recusacion de tres asesores.

permita en los tribunales de los magistrados ordinarios para la final determinacion ó artículos de la causa á cada parte la recusacion de tres abogados asesores, que son los que corresponden á los jueces antiguamente nombrados por los magistrados romanos, y que de los otros asesores de la residencia del juzgado pueda el juez nombrar á quien quisiere, sin que se permita sobre esto embarazo ni contestacion.

Todo un magistrado colegiado no puede recusarse: tampoco pueden recusarse sin causa los ministros de audiencias.

7 Para recusar á los ministros de audiencias y consejos se necesita de causa, *ley* 1. *y* 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.*: en los *num.* 22. y siguientes hasta el 25. del *Juic. civ.* de la *Cur. Fil.* §. 7. se trata de las penas, en que incurren los que sin legítima causa pretenden recusar á dichos juéces. Todo un cuerpo no puede ser recusado §. 7. *num.* 13. *Juic. civ. Cur. Fil.*, siendo de esto manifiesta la razon.

8 Constando por lo explicado ya, y por la evidencia de la cosa, que con legítima causa no hay juez que no pueda ser recusado, es preciso detenernos un poco en la averiguacion de las causas aprobadas para recusar al juez.

En general puede recusarse todo juez que sea sospechoso á la parte.

9 Por la *ley* 16. *Cod. de Iudiciis* se ve autorizada por derecho romano la recusacion del juez siempre que á éste se le tenga por sospechoso. Pero no veo con leyes particulares del mismo derecho civil especificados los motivos de sospecha, hallando que depende esto del arbitrio del juez, debiéndose éste regular con una atinada combinacion de circunstancias sobre algunas leyes y sobre el modo comun de opinar de los autores.

En Cataluña estan aprobadas por causas de recusacion de juez

10 Nosotros tenemos en la *const.* 3. *de Recus. de tots jutges* generalmente aprobadas por causas de recusacion de juez las que lo son por derecho comun: y de tiempo moderno en la *ord.* 77. de las de nues-

tra Audiencia se dispone, que en punto de recusaciones se ha de estar á las leyes municipales y á la práctica y estilo antiguo.

las que lo son por derecho comun.

11 La primera causa de recusacion es quando el juez tiene interes en el pleyto, como consta de todo el título del Código *Ne quis in sua caussa iudicet* y del *cap.* 18. *de Iudic.*

El interes es título para recusar.

12 De este principio puede haber nacido en el sistema del gobierno feudal la disputa, de si el señor jurisdiccional puede poner demanda ante el alcalde ó bayle, que él nombra, contra sus súbditos en causas de propio interes: por una parte parece, que en dicho caso lo mismo es juzgar el alcalde nombrado por él, que él mismo; y por otra parece, que, por ser sospechoso el señor jurisdiccional, no lo debe ser, no concurriendo otra circunstancia, la persona, que él mismo eligiere para la universalidad de las causas, que se ofrecen.

Sobre si el ser el juez nombrado por el señor jurisdiccional puede ser motivo para recusarle en causas, en que interesa el mismo señor.

13 En Cataluña está recibido y apoyado en el *usage* 1. *de Jurisdic. de tots jutges*, que no sea esta justa causa de recusacion en pleyto civil, sino únicamente en criminal de ofensa del mismo señor, correspondiendo entónces á la Audiencia el conocer, Cancér de *Iurib. castror. num.* 187. *hasta el* 202.: el dueño directo nombra tambien en Cataluña juez para conocer y decidir en quanto á las causas enfitéuticas.

14 La segunda causa de recusacion es el parentesco de algun litigante con el juez: y esta debe deducirse de la primera, no pudiendo dexar de considerarse, que interesa el juez en la causa de su pariente por el estrecho nudo, y amor de los que estan unidos entre sí con vínculo de sangre. En la *ley* 5. *Dig. de Iniur.* se previene, que no sea juez el que tuviere parentesco de consanguinidad ó afini-

El parentesco del juez con algun litigante tambien es justa causa, y qué grados ella comprehende por derecho comun.

dad con el actor ó el reo, comprehendiéndose expresamente en esta prohicicion al yerno, suegro, padrastro, entenado, y sobrino: pero en quanto á los demas no está allí expresamente determinado el grado, hasta que llega la disposicion prohibitiva de la ley con dicho título; y hay sobre esto muchísima variedad de opiniones, segun parece de Fontanella en la *decis.* 11. *núm.* 6.; extendiendo algunos la prohibicion hasta el décimo grado, y limitándola otros hasta el segundo, quando se trata de consanguinidad.

Por el de Cataluña llega al quarto grado de consanguinidad y al primero de afinidad.

15 Segun el mismo autor *ib. n.* 9. y otros de esta provincia parece estar autorizado con muchas decisiones de nuestra Audiencia el aprobar por justa causa de recusacion la consanguinidad hasta el quarto grado. Quando se trata de afinidad parece tambien muy recibido, que solo la del primer grado sea causa de recusacion: á esto inclina Cancér de *Arbitris et arbitratoribus num.* 55.: pero Fontanella *decis.* 11. al fin pretende tambien ampliarlo hasta el quarto grado si hay circunstancias, que agraven la sospecha, fundándose en que todo esto es arbitrario, no habiendo leyes, que lo determinen. Parece que hay sobre esto variedad de decisiones de la Real Audiencia.

Sobre si la computacion de grados se ha de hacer por derecho civil ó canónico en Cataluña.

16 La computacion de grados de consanguinidad y afinidad debe hacerse en esta provincia segun derecho canónico en la opinion de Fontanella en la *decis.* 12.: y en la de Cancér de *Arbitris et Arbitratoribus num.* 55.: pero Xammár de *Offic. Iud. part.* 1. *quaest.* 14. *num.* 60. *hasta el* 63. defiende, que tambien en esta provincia en causas de recusacion de jueces, y otra qualquiera, á excepcion de las de matrimonio y beneficiales, se ha de seguir el modo de contarse regularmente los grados

segun el derecho civil: cita exemplar de nuestra Audiencia. En esto hay mucha diferencia, como es notorio: pueden verse en dichos autores los fundamentos de una y otra sentencia, en que no puedo detenerme.

17 Por lo que toca á Castilla y otras partes hay ménos duda: ó parece, que está mas recibido, que deba hacerse la computacion de grados por el derecho civil, como dice Xammár, y consta de algunos autores, que éste mismo cita, del *Phoenix iurisprudentiae hispanae*, de Galind *lib.* 2. *tit.* 1. §. 18. y de Cevallos *Commun. contra commun. quaest.* 398.

En Castilla debe hacerse por derecho civil.

18 Si se hubiese de fundar el derecho en la citada *ley* 5. *de Injuriis* bien parece, que la justa causa de recusacion no debiera extenderse mas allá del tercer grado civil: pues, despues de decirse en la ley, que es justa la recusacion del juez siendo sobrino, que está en tercer grado segun el derecho civil, añade, que tampoco ha de ser juez el que esté mas cercano en grado de consanguinidad, *ut non iudicet, qui ei, qui agit, gener, socer.... sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione, affinitateve attingat*: pero la opinion referida *num.* 15. estriva en otras razones, que pueden verse en los citados autores. Por derecho real no hallo decidida la duda.

Reparo contra la doctrina sentada del derecho comun, y satisfaccion á él.

19 El haber sacado al litigante de pila no es motivo para recusacion en la causa, en que interesa el ahijado, segun Cortiada en la *decis.* 258. *num.* 31., en donde trae una declaracion de esto de nuestra Audiencia de 13 de septiembre de 1616.

El haber sacado á alguno de pila no es causa para recusarle si es juez.

20 La sobrada familiaridad de los magistrados con sus súbditos está generalmente prohibida, *ley* 19. *Dig. de Offic. praes.*, y mucho mas con los litigantes por varias leyes, que cita Fontanella en

La sobrada familiaridad con el litigante es justa

causa para recusar al juez. la *decis.* 9. *num.* 22. *y* 23., y por la cédula de 28 de junio de 1770, expedida para chancillerías y audiencias, prescindiendo de otras muchas: de manera, que el juez, que no cumpliere en esta parte, dexándose visitar, acompañar, convidar y obsequiar con exceso de algun litigante, se hace sospechoso; y puede recusarle la parte segun el mismo autor *ibid.*: pero esto depende del arbitrio del juez, atendidas todas las circunstancias y calidades de las personas.

Nadie puede ser juez en la causa en que hubiere sido abogado. 21. No solo se tiene por justa causa de recusacion la del interes propio del juez, ó de sus parientes y amigos, sino tambien la de haberse apasionado ya el que ha de juzgar por alguna parte, ó el tener motivo, que pueda preocuparle á favor de alguno contra otro. Por esto, sin entrar en lo que corresponda por derecho comun, en el qual parece, que todo esto es arbitrario, y que deben en ello pesarse las razones de los autores, y mucho mas la práctica constantemente observada en los tribunales, atendidas nuestras *constituciones* 4. 8. *y* 9. *de Recusac. de tots jutges*, la *ord.* 121. de las de nuestra Audiencia, y la *ley* 18. *tít.* 5. *lib.* 2. *Rec.*, nadie puede ser juez en la causa, en que hubiere sido abogado.

Ni en la que su padre y otros semejantes lo fueren. 22 Por las citadas *constituciones* nadie puede ser juez en la causa, en que fuere abogado su padre, su suegro, su hijo, su yerno, su tio, hermano ó cuñado, entendiéndose por cuñados los maridos de dos hermanas. Calderó en la *decis.* 69. *num.* 24. dice, que estas constituciones son de estrecha interpretacion. En efecto la causa de recusacion debe mirarse como odiosa, por lo que suele muchas veces interesarse el crédito del juez, y por lo que le priva de la libertad y derecho, que tiene para co-

nocer. Por esto en la *ley* 39. §. 7. *Dig. de Procur.* se dice, que, por ser causa de honor la de recusacion, se necesita de especial mandato para proponerla.

23 En la *ley* 33. *tit.* 16. *lib.* 2. *Rec.* parece tambien, que se aprueba por justo título de recusacion el querer ser alguno juez en causa, en que su padre, hijo, yerno ó suegro fuesen abogados.

En algunas causas el haber sido juez en primera instancia es impedimento para serlo en otra.

24 No solo el haber sido abogado es justa causa para recusar por lo que se preocupa el ánimo á favor de la parte, que se defiende, sino tambien el haber sido juez en alguna causa de gravedad, en que las leyes quieren dar á las partes la satisfaccion, de que se vean sus causas diferentes veces y por distintos jueces. Por esto, segun el *auto* 3. *tit.* 20. *lib.* 4 *Aut. Acord.* los Señores del Consejo, que hubieren votado los pleytos de tenuta, esto es de la posesion, que se transfiere por derecho en las sucesiones de mayorazgo, no pueden votar despues en grado de segunda suplicacion. En esto deben tenerse presentes las particulares ordenanzas de cada audiencia, chancillería y consejo.

El haber declarado el juez su ánimo es algunas veces causa para recusarle.

25 Por derecho comun parece, que está generalmente admitida la recusacion del juez, que ántes de llegar al fallo definitivo ha manifestado su ánimo ó la opinion, que forma de alguna causa pendiente. Creeré que se funda esto, en que la misma precipitacion en manifestarse el juez por alguno de los litigantes es prueba de preocupacion á favor de él, y de que sin el debido exâmen vá á juzgar el pleyto: pero estoy en que de este pretexto de recusacion se abusaba en tiempos antiguos mucho en nuestra provincia, y que esto motivó nuestra *constit.* 11. *de Recus. de tots jutges*, en fuerza de la qual pueden los Ministros de la Real Audiencia, siempre que fueren instados por las partes, libremente

y sin peligro de recusacion con pretexto de haber declarado su ánimo, decirles lo que les conviene á la direccion de la justicia.

Por la enemistad puede recusarse el juez.

26 La enemistad capital ó grave tampoco puede dudarse, que sea causa justa de recusacion.

Regla general en órden á las demas causas.

27 Fuera de estas causas, que por ley ó práctica inconcusa estan aprobadas como justas para la recusacion de júez, todas las demas penderán del arbitrio del magistrado segun la complicacion de circunstancias, que pueden hacer variar mucho los casos, que ocurran. Puede sobre esto dar luz todo quanto he dicho en el *libro* 1. de circunstancias, requisitos, y obligaciones de magistrados, relatores, escribanos, arbitros y otras personas semejantes, porque lo que se halle en dichas personas contra lo que prescriben las leyes puede ser justo motivo en muchísimos casos.

Renunciando la parte puede conocer el juez en quien concurra causa de recusacion.

28 Lo que no puede pasarse por alto, hablándose generalmente de causas de recusacion, es que todas las leyes, que las aprueban, se dirigen á favorecer á la persona particular, en quien concurre la causa: por consiguiente, renunciando ella á su derecho, no queda estorbo, para que pueda conocer el juez, teniendo la ley, que apruebe una causa justa para recusar al juez, la implícita condicion, de si la parte quiere usar de ella y proponerla. Así lo defiende Cancér de *Arbitris num.* 38. *y* 48. *hasta el* 55. y Fontanella *decis.* 10.

Excepcion de dicha regla.

29 Este modo de interpretar no parece que se compadezca con la literal disposicion de nuestra *const.* 9. *de Recus. de tots jutges*: en esta, despues de haberse aprobado por justas causas de recusacion las de ser el juez padre, suegro, tio, hermano, ó cuñado del abogado, se dice, que respecto de los jueces, que se hallen en dichas circunstancias, no es

menester recusacion, sino que *ipso iure et ipsa constitutione* sean habidos por recusados. Cancér en el título de *Arbitris et Arbitrat.*, en donde trata de esta materia, no veo que tropezase en esta dificultad, que no pasó por alto á Fontanella. Este en la *decis.* 10. *num.* 17. dice, que la citada *constitucion* y otras semejantes han de entenderse, de suerte que el juez de movimiento propio debe en dichas causas abstenerse del conocimiento de ellas; pero que si las partes le aprueban puede conocer y juzgar. Segun esto parece, que para los que pueden recusarse segun dicha constitucion y otras semejantes no basta la tácita aprobacion, para que pueda conocer el juez, sino que se necesita de la expresa, contra lo que dice el mismo autor *ibid. num.* 12. por lo demas que puede el juez en semejantes casos conocer con consentimiento de las partes parece evidente, si no se prescribe por la ley la obligacion de que se abstenga el juez, como forma, que dicen, ó como formalidad precisa del juicio: ni de otra manera puede entenderse, cómo ó á qué fin se dirigirian las leyes, que prefixan el tiempo de proponer y probar las causas de recusacion, de lo que se hablará despues; para que no se entienda haber renunciado la parte á su derecho.

30 Qualquiera causa de recusacion ha de proponerse con juramento, de que no se hace por malicia, Salazar *segunda parte del Juicio civil pag.* 183. *y* 184. *Necesidad de juramento de calumnia.*

31 Hasta aquí he hablado de las recusaciones de juez. Las mismas razones, que obligan á conceder la recusacion de juez, proporcionan tambien las de escribano y relator, siendo en esto tanto mas indulgente la legislacion, quanto son ménos autorizadas dichas personas en comparacion de los *Con mas facilidad pueden recusarse escribanos y relatores.*

magistrados. Como toda la fe de lo que ha de obrar en autos depende de los escribanos, y es mucho el influxo, que pueden tener y tienen ellos en la substanciacion de las causas, ya sea extendiendo las declaraciones de los testigos, las confesiones y respuestas de las partes, los autos de los jueces, ya conservando la memoria de todo, es justo, que los litigantes no tengan, que rezelar en esta parte, y que padecer desconfianza.

Qué escribanos, y cómo pueden recusarse.

32 Por estas razones han dado en este punto ámplia libertad las leyes. Del *Juic. civ. Cur. Fil.* §. 7. *num.* 33., de Salazar en la *segunda parte Juic. ord. pag.* 183. y de otros prácticos se vé, que por derecho de Castilla puede qualquiera recusar, aunque no tenga causa legal, á qualquiera escribano, dexándole en su buena fama, crédito y opinion, y jurando no hacerse por malicia la recusacion; que en este caso se le ha de dar por el juez de la causa acompañado, obrando éste á costas de la parte recusante: éstas no se pagan quando tiene la parte causa aprobada por las leyes relativas á recusacion. En Cataluña tambien con solo juramento de la parte, que tenga por sospechoso al escribano, queda éste recusado, Cortiada *decis* 20. *num.* 8.: los escribanos de diligencias pueden recusarse del todo sin necesidad de que se les dé acompañado. En nuestra *constit.* 32. *de Notar.* está mandado, que no puedan darse por sospechosos todos los escribanos de Cataluña para la presentacion de testigos, y que solo pueden recusarse algunos determinadamente, expresándose las causas de la sospecha y prestándose juramento de no recusarse por malicia.

Cómo pueden recusarse los relatores.

33 El relator sin causa ninguna puede tambien ser recusado como el escribano, dándosele acompañado á costas de quien le recusa, como se puede

ver en la *ley* 18. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.* y en el *num.* 32. §. 7. *Juic. civ. Cur. Fil.* En este §. y en las *decis.* 1. y siguientes hasta la 31. de Fontanella puede verse todo lo que ocurra en quanto á causas de recusacion, de que se trata difusamente en dichos lugares: yo me ciño á lo mas preciso y conducente.

34 Falta hablar de quien debe conocer de las causas de recusacion: luego se tropieza en esto con la dificultad, de que el juez, ante quien coresponde comparecer, está en algun modo interesado contra la parte, que le recusa. Por derecho civil estaba prevenido en la *novela* 86. *cap.* 2., que se diese en dicho caso al magistrado el obispo por adjunto ó acompañado, á fin de que se decidiese con el parecer de entrambos, si era legal la causa de recusacion, ó se terminase el asunto con amigable convenio: pero esto ya dice Perez en el título del Código *de Iudiciis num.* 24., que apénas estaba en uso en su tiempo. *Quién debe conocer de la recusacion por derecho romano.*

35 En Cataluña por la *const.* 1. *y* 10. *de Recus. de tots jutges* debe la parte, prestado primero el juramento de calumnia, ó de que no se hace la recusacion con malicia ó ánimo de calumniar, proponer la causa ó las causas delante del mismo juez, y probarlas delante de árbitros elegidos por ambas partes, que lo decidan, tanto si se trata de juez delegado, como de ordinario: este modo de proceder consta de Fontanella *decis.* 2. *num.* 15. *hasta el* 20., y es conforme con el del derecho canónico: éste en realidad dispone, que se compelan las partes por el juez recusado, á que nombren árbitros y tercero en caso de discordia, para determinar sobre la causa de la recusacion, á excepcion de quando se trata de subdelegado del Sumo Pontífice, que entónces el delegado es el que ha de *Quién por derecho canónico, de Castilla y Cataluña.*

conocer y determinar. Esta misma doctrina de derecho canónico se trae en el *Juic. civ.* de la *Cur. Fil.* §. *7. num.* 5. *hasta el* 10.: y esto mismo del tenor, con que allí se pone, parece que será la práctica autorizada en Castilla: pues no veo, que se hable de otra disposicion, sino en quanto á señores de consejos, chancillerías y audiencias, de cuyas recusaciones deben conocer los demas ministros, que no se recusen, *ley* 1. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.*: sobre esta materia puede verse el *Juic. civ.* de la *Curia Fil.* §. 7. *num.* 17. *hasta el* 20. *y num.* 26. *y* 29.

Recusado el juez regular quién debe conocer de la causa por derecho de Castilla.

36 Aprobada la causa de recusacion de algun juez el conocimiento del pleyto, segun parece de Salazar en la *segunda parte* de su *Práctica de substanciar pleytos pag.* 183. *y* 184., en las causas civiles ha de ser del mismo juez, que se recusó, con acompañado, que él mismo se nombra: lo propio se dice en la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 7. *num.* 12. citándose la *ley* 1. *y* 2. *tit.* 16. *lib.* 4. *Rec.*: y en la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. se expresa en realidad lo referido, y que en quanto á causas criminales, como traén tambien los citados autores, ha de conocer el mismo juez recusado con otro alcalde ó alcaldes si los hubiere en el mismo pueblo; que no habiéndole los regidores han de nombrar dos de ellos por acompañados; que, si no se convinieren sobre quiénes han de ser, se echen suertes; y que, no habiendo regidores, el juez ha de elegir quatro hombres buenos, y de estos se han de sacar dos por suerte para ser acompañados, conocer y decidir la causa.

37 Discordando el juez recusado y acompañado ó acompañados se ha de ir al superior en el modo, que puede verse en la *Cur. Filip. Juic. civ.* §. 7. *num.* 15. *y* 16.

38 En Cataluña conoce el que en ausencia, muerte ó impedimento del alcalde ordinario ú otro juez recusado mandaria. *quién en Cataluña.*

39 En los tribunales, en que sin el recusado queda número competente, como en las audiencias, conocen los demas; y si falta número competente se suple por los que entrarian á conocer por las respectivas ordenanzas en casos de ausencia, muerte y otros semejantes. *quién en tribunales colegiados.*

40 Basta ya lo dicho para entender lo que es recusacion, las justas causas de ella, y las personas, que deben conocer de dicha materia y del pleyto, en que un juez esté justamente recusado. Debo hablar ahora de la reconvencion, de la qual trataré en este mismo lugar, porque suele y corresponde hacerse en el mismo tiempo, en que se opone la recusacion con las demas excepciones dilatorias, ó en que se habrian de oponer las dilatorias, si las hubiese, para excusar la contestacion del pleyto, conviene á saber, quando se presenta el reo demandado por el órden del juicio, que voy siguiendo desde los principios. Sucede freqüentemente, que el reo, aunque esté obligado á dar al actor alguna cosa, ó á hacerla, es acreedor por otro lado contra el mismo actor: y es justo, que sobre su crédito sea oido el reo en semejante caso, no pareciendo correspondiente, que el actor se desdeñe de que le decida su causa un juez, á quien ha elegido él mismo contra el reo: así se advierte discretamente en la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interloq. omn. iud.*, interesando tambien en esto la causa pública de cortar pleytos, y acelerar su despacho: pues, admitida la reconvencion, con un mismo proceso se terminan dos ó mas pleytos, segun fuere el número de las re- *De la reconvencion, y de las razones, en que se funda.*

convenciones del reo ó reos, que las opongan.

La reconvencion se llama mutua accion.

41 Este derecho de reconvencion se llama mutua accion en la *ley* 11. §. 1. *Dig. de Iurisdict.*, mutua peticion ó demanda en la *ley* 1. §. *ult. Dig. de Extraor. cognit.* y en todo el título de las Decretales de *Mutuis petitionibus.* Y no tiene duda, que, por lo que mira á la reconvencion, el reo es, se vuelve y se considera actor contra su mismo actor.

Tiene siempre lugar ménos quando está inhibido el juez.

42 Esta reconvencion tiene siempre lugar, ménos quando el juez estuviere inhibido en quanto á la causa de reconvencion, ó no tuviere jurisdiccion para conocer de ella, aunque se la proroguen las partes, como por exemplo, si un clérigo actor en juicio civil fuese reconvenido por causa de derecho de patronazgo, ú otro actor en causa igualmente civil fuese reconvenido por causa de matrimonio en quanto sacramento, y en otros puntos semejantes espirituales, de que única y precisamente deba conocer el juez eclesiástico por derecho canónico, concordato ó ley del reyno.

De la reconvencion en quanto á eclesiásticos.

43 Algunos quieren, que ni de causa civil pueda ser reconvenido el eclesiástico delante del juez seglar, porque no puede prorogarse la jurisdiccion á causa de ser el privilegio del fuero propio concedido á favor de todo el estado eclesiástico, y no de la persona determinada, que acudió al juez. Á pesar de esto es muy fundado lo contrario, porque la competencia del juez en fuerza de la reconvencion no tanto proviene de la voluntad de las partes, como de la autoridad de las leyes, que no reprueban en ninguna parte la reconvencion del clérigo: además, no haciéndose de principal intento la reconvencion, sino por incidencia, por equidad y utilidad pública, no tanto se puede de-

cir, que se juzga la causa contra el clérigo, como que se termina la primera y principal causa, que él mismo movió contra el lego. En Cataluña, segun se puede ver en la *decision* de Cortiada 242. y en Cancér *de Reconvent. num.* 54. *hasta el* 61., está declarado varias veces por el Canciller de Competencias, que tiene lugar esta reconvencion del eclesiástico en juzgado seglar. En dicha *decision* se vé, que en Castilla y en otros muchos reynos está autorizada la misma práctica.

44 En general tambien deben ponerse otras excepciones de la regla de reconvencion: no se da lugar á ella en algunas causas, que por necesitar de una celeridad particular en ciertos asuntos exîgen, que, desentendiéndose el juez de reconvenciones, se ocupe únicamente con el objeto principal del actor, como quando se trata de despojo, y ha de restituirse con la autoridad de las leyes el despojado en su posesion ante todas cosas, *cap.* 7. *de Restit. spoliat.*, y en las causas executivas, de que se tratará despues, Cancér *de Reconv. num.* 40. *hasta el* 45. En el §. 15. *num.* 9. *del Juic. civ.* de la *Curia Filíp.*, citándose la *ley* 4. *glos.* 8. *part.* 3., se dice, que tampoco tiene lugar la reconvencion en casos de hurto, daño ó injuria, aunque se proponga la accion civilmente, y que no hay reconvencion de reconvencion, porque esto seria proceder al infinito.

Causas privilegiadas, en que no tiene lugar la reconvencion.

45 El tratar de estas excepciones es de derecho privado y del interes particular, con cuya noticia deberá el juez conocer la naturaleza de la reconvencion, su valor y efecto, así como con él mismo debe saber la naturaleza, el valor y efecto de las acciones, no siendo propiamente la reconvencion, sino una mutua ó recíproca demanda del reo como

Autores que tratan de la reconvencion.

queda advertido. Cortiada en dicha decision trae muchas ampliaciones y limitaciones de la regla de recovencion: tambien trae Cancér en el título de *Reconventione*, con cuya luz, y la de los comentadores del derecho civil, y señaladamente de las Decretales al título de *Mutuis petitionibus*, puede fácilmente saberse quanto hay sobre este asunto.

De la réplica y dúplica.

46. En nombre de réplica se entiende lo que el actor opone á las excepciones, á la contestacion, reconvencion, y á qualquier especie de defensa, de que se hubiere valido el reo respondiendo á la demanda del actor: dúplica es lo que reciprocamente opone el reo á la réplica del actor: y esto es lo que comunmente se concede á actor y reo en qualquiera pleyto, pareciendo necesario para ser oidas las partes, que se les dé lugar para exponer su respectiva solicitud y derecho en el modo referido.

No las hay en causas de suplicacion.

47. En causa de suplicacion dice Paz *tom.* 1. *part.* 6. *cap.* 2. *num.* 6., que no hay réplica y dúplica.

SECCION II.

Del tiempo, en que se han de oponer las excepciones, la contestacion, reconvencion, réplica y dúplica, presentándose los instrumentos, en que se fundan las partes.

Las excepciones dilatorias deben proponerse ántes del ingreso del pleyto.

1 Las excepciones dilatorias deben proponerse ántes del ingreso del pleyto, ó de la contestacion; *ley penult. y últ. Cod. de Except.*, ménos quando se adquiere despues noticia: pues en este caso, mediante el juramento que de nuevo las supo la parte, si le

ha de resultar grave daño de no conocerse de ellas, se pueden oponer despues, *Curia Filípica Juic. civ.* §. 13. *num.* 6. Como el efecto de estas excepciones es impedir el ingreso del pleyto la parte ó el abogado ha de ser advertido en oponer las excepciones dilatorias, hablando de modo, que no parezca contestacion: por esto se suelen oponer las recusaciones y excepciones dilatorias, expresándose que se hace la solicitud sin ánimo de contestar el pleyto.

2 Por derecho de Castilla las excepciones dilatorias se han de oponer por el reo dentro de nueve dias, contados desde el fin del término de la carta de emplazamiento, *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 13. *num.* 6. De la misma ley primera consta, que el reo tiene término de otros veinte dias, que corren despues de los nueve, que se dan para la contestacion y excepciones dilatorias, á fin de oponer y alegar en dicho término todas las otras y qualesquier excepciones y defensiones perentorias, y perjudiciales de qualquiera calidad que sean. Despues pueden tambien oponerse con juramento, de que de nuevo viniéron á noticia del que las pone, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 15. *num.* 3. Del término, que se da para probar, se hablará despues: ahora solo se trata de proponer.

Término para oponer las excepciones dilatorias y perentorias en Castilla.

3 En Cataluña deben proponerse las excepciones dilatorias en el término de ocho dias desde la notificacion de la demanda: la dificultad está quando empieza á correr dicho término, ó quando se entiende notificada la demanda para dicho efecto: pues en el emplazamiento, con el qual se puede decir notificada la demanda por incluirse en él quando se libra despacho, se suelen conceder diez dias para presentarse en juicio la parte deman-

Del término para oponer las excepciones dilatorias en Cataluña.

dada. Atendido el tenor de las *constituciones* 2. *de Donar. libel. ó dem.* y 1. *de Excepcions*, siendo ámbas de un capítulo de cortes de 1493., y atendido lo que dicen sobre esto Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 3. *glos.* 3. *n.* 57. y Ripoll *Var. Resol. cap.* 4. *num.* 34. *vers. Respondeo*, parece que pasado el término del emplazamiento, dentro del qual ha de comparecer el demandado, tiene el actor seis dias para presentar el documento, con que justifique la notificacion del emplazamiento al reo, y que despues de dichos seis dias quando presenta el actor dicho documento empieza á correr el término de los ocho para oponer las excepciones, que impiden el ingreso del pleyto. Así tambien he visto, que opinaba en un alegato D. N. Aparici, abogado que fué, y oidor de los mas doctos, que ha habido en la Audiencia de Cataluña con particular conocimiento y práctica del derecho de esta provincia.

Del término para oponer la recusacion en Cataluña.

4 Por la *const.* 2. *de Recusació de tots jutges* las causas de recusacion de los jueces de la audiencia se han de exponer dentro de tres dias, contados desde el en que se presentó el reo. Fontanella en la *decis.* 20. dice, que siempre se ha entendido, que no corren dichos tres dias sino desde el dia, en que realmente compareció, y no de él en que pudo comparecer.

Del término para la contextacion en Castilla y Cataluña.

5 La contestacion por derecho de Castilla en la *ley* 1. *tit.* 4. y la 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.* debe hacerse en el término de los mismos nueve dias, dados para oponer las excepciones dilatorias, y en Cataluña tambien en los ocho dias, que se dan para las mismas dilatorias, *constit.* 1. *de Dilacions*, Cancér *de Litis contest. num.* 11.: pues de estos lugares consta, que no compareciendo el reo dentro de los

ocho dias se tiene el pleyto por contestado, siendo esto mismo prueba, de que se da aquel término para la contestacion: pero es digno de advertirse lo que dice Cancér de *Reconvent. num.* 6., que, quando se opone excepcion dilatoria, el tiempo para oponer la reconvencion, el qual, como luego verémos, es el mismo término de las dilatorias, no corre sino desde el tiempo, en que quede decidido el punto de la excepcion dilatoria: y esto, que en realidad es justísimo, parece que no puede dexar de tener lugar en la contestacion, y que el tiempo para ésta concedido no corre hasta que está decidido el punto de las dilatorias, si con estas se ha impedido el ingreso del pleyto.

Dudas sobre quando se debe oponer la reconvencion.

6 En órden al tiempo, en que debe hacerse la reconvencion, se disputa bastante, queriendo algunos, que debe oponerse ántes de la contestacion, otros inmediatamente despues, y otros en qualquiera parte del juicio. Cortiada en la *decis.* 242. habla de esta materia, y en el *num.* 19. *hasta el* 25. dice, que debe distinguirse reconvencion propia é impropia; que la segunda es quando se propone despues de la contestacion en qualquiera parte del juicio, suponiendo que puede hacerse esto en toda reconvencion, y citando á favor de esto mismo muchos autores; y que la primera ó la propia reconvencion es quando se propone dentro del término, que tiene para ello prefinido el derecho. Añade, que el efecto de la reconvencion propia es el de obligar al juez á decidir en un mismo tiempo y con una misma sentencia de la accion y de la reconvencion, y que la impropia solo tiene el efecto de prorogar la jurisdiccion del juez contra el actor reconvenido, sin quedar obligacion de decidir de la reconvencion en la sentencia. En las

reconvenciones, que tienen fuerza de excepcion perentoria por destruir la accion, parece claro, que debe hacerse mérito de ellas en la sentencia, con tal que se hayan opuesto y probado oportunamente en qualquiera parte del juicio.

Tiempo en que debe oponerse la reconvencion en Castilla y Cataluña.

7 Por derecho de Castilla debe oponerse la reconvencion en el término de los veinte dias prefixado para las excepciones perentorias, *ley* 1. *titul.* 5. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 15. *num.* 7., Cortiada *decis.* 242. *num.* 18. En Cataluña se ha de oponer en los ocho dias de las excepciones dilatorias, *constit.* 1. *de Excepcions*: pero se ha de tener presente lo que se ha dicho de Cancér, que, si se hace uso de las excepciones dilatorias, hasta haberse decidido sobre ellas no corre el tiempo de la reconvencion.

Del término para la réplica y dúplica en Castilla.

8 En órden al término de réplica y dúplica, por lo que toca á Castilla se ha de tener presente lo que se dice en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 15. *n.* 10., y que está bien literal en la *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.*, que de las excepciones puestas por el reo se ha de dar traslado al actor, el qual tiene desde que le son notificadas seis dias de término para responder á ellas, y si se opuso reconvencion tiene nueve, y que de lo que respondiere y replicare el actor se ha de dar traslado al reo, el qual tiene otros seis dias desde el tiempo de notificársele la réplica para responder á ella. Con esto el tiempo de la réplica es de seis ó nueve dias respective con la distincion expresada de casos, y de otros seis el de la dúplica.

De lo mismo en quanto á Cataluña.

9 En quanto á derecho de Cataluña el actor, despues de haber respondido el reo, ó de haberse verificado su rebeldía por no parecer en el término señalado, dentro de los ocho dias siguientes

ha de presentar su interrogatorio, ó los artículos, que quiere probar, *constit.* 1. *de Dilacions*, y en los seis dias inmediatos ha de responder el reo, *ibid.* Desde el dia, en que el actor ha presentado los artículos, tiene el reo treinta dias para formar tambien su interrogatorio ó sus artículos, tanto de lo relativo á la reconvencion, como á qualquiera género de excepciones, y el actor debe responder en ocho dias, pasados los quales corre el término de tres meses, dándose al actor y reo cinco dias para las antepreguntas ó repreguntas, de que se hablará despues, ántes de empezar á correr dicho término de prueba, *const.* 2. *y* 3. *ibid.*

El principal cuidado debe tenerse con las excepciones dilatorias.

10. En lo que suele y ha de tenerse particular cuidado es en el término de las dilatorias: por lo que toca á todo lo demas, como una vez admitido el pleyto se ha de hacer mérito de todo, y es tan privilegiada la prueba, ó con título de nueva emergencia, ó de nueva noticia, ó de estar implícito ya lo que quiere específicamente probarse en la generalidad de la contestacion, reconvencion ó excepciones, y por lo que sobre esto se irá diciendo en los capítulos, que se siguen, especialmente en los de los términos de prueba, rara es ó ninguna la cosa conducente á las partes, que no pueda proponerse y probarse; y la regla general es, que las excepciones perentorias pueden oponerse hasta el fin del juicio, *ley últ. tit.* 3. *part.* 3. Con todo esto se ha de entender sin perjuicio de lo hasta aquí dicho: y para cada una de las excepciones, de que se ha hablado con distincion, se han de atender los términos explicados, ya por ser los mas oportunos y determinados por las leyes para dicho fin, y ya tambien porque, si quiere usar de su derecho el colitigante, puede la parte quedar bur-

lada, sin poder probar despues lo que no ha propuesto, ó puede suscitarse sobre esto dificultad.

Los documentos, en que se fundan los escritos, deben con ellos presentarse.

11 Los instrumentos, en que se funda la demanda, deben presentarse con ella, y los que fundan las excepciones, la contestacion, reconvencion, réplica y dúplica en su término respectivo, y no despues, sino con juramento de que ántes no tuvo noticia la parte, ó no pudo conseguirlos: en este caso pueden presentarse, aunque sea despues de la conclusion en causa, dándose siempre traslado y término de prueba, si se redarguyen de falso, para probar la falsedad ó legitimidad, *ley* 1. *y* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 16. *n.* 32.: pero en el dia ya verémos en el *cap.* 7. *sec.* 3., que hasta la conclusion en causa se pueden presentar instrumentos.

Nadie debe por lo general obligarse á dar armas á su contrario.

12 Por derecho de Cataluña, si en la demanda se ha hecho mencion de algun instrumento, puede ser obligado el demandante á presentarle por el *usage Item provida* 5. *de Testimonis*, Cancér *de Instrum. edit. num.* 20. 21. *y* 24., bien que esto tiene sus limitaciones: y suele pedirse por las partes interesadas, que se presenten dichos documentos, con protesta de no entenderse por esto, que los aprueban. Por lo demas la regla general es, que á nadie se le obliga á manifestar sus títulos, á excepcion de quando ocurre algun motivo particular ó peligro de ocultacion.

SECCION III.

Del modo, con que se ha de formar el interrogatorio, para recibirse á prueba, de las repreguntas ó antepreguntas, y de las respuestas personales.

Del interrogatorio.

1 Hasta aquí sabemos lo que es demanda, contestacion, excepciones y reconvencion con las réplicas, y el tiempo, en que debe proponerse cada uno de los derechos indicados, que tuvieren respectivamente las partes. Fenecidos los términos, de que se ha hablado en la seccion antecedente, tienen derecho las partes para instar, que sea la causa recibida á prueba, empezando á correr el término de ella. Al hallarse en esto suelen las partes dividir todas las cosas, sobre que han de presentar sus probanzas, en artículos ó capítulos. Estos en la *ley* 1. *y* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Rec.* se llaman *posiciones*, en la *ley* 6. *tit.* 10. *lib.* 2. y en la 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Rec. preguntas*, porque con ellos se pregunta á los testigos, y en la *ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. *Rec. artículos.* De esta última ley consta, que el escrito, en que está la série de las *posiciones*, *preguntas* ó *artículos*, se llama *interrogatorio.* En Cataluña corrientemente se llaman capítulos ó artículos.

Cuidado que debe tenerse en formarse las preguntas de él.

2 La formacion de estos artículos ó preguntas, que con uno de estos dos nombres los llamaré siempre, es uno de los puntos, en que se ha de esmerar mas la habilidad de las partes y de los abogados, estudiándose bien las reglas de jurisprudencia, y las excepciones y requisitos, para proporcionar la justificacion y prueba de ellas, sin la qual no se hace nada, y todo es vano declamar, hojarasca y pala-

bras, que se las lleva el ayre, sin que muevan, ni impelan al juez: se necesita tener bien estudiada la materia, y una exâcta dialéctica para conocer todas las proposiciones ó hechos, que deben justificarse, y estar bien en que el juez debe juzgar por los autos; y que lo que no consta de ellos, por mas sabido y cierto que sea, de nada sirve. A algunos les cuesta mucho en el principio de exercitarse en su profesion el entrar en esto, y el desprenderse de las noticias privadas, que tiene el magistrado con independiencia del proceso. Al hablar de los abogados ya hemos visto en el *num.* 18. la importancia de esto.

Las preguntas deben ser breves, expeditas, y con un órden natural.

3 Los artículos deben ser breves y expeditos, para que no se enreden los testigos en la declaracion confundiendo unas cosas con otras: y quanto mas separados y concisos sean tanto proporcionan mejor el fin. Tambien es conveniente, que se pongan con órden natural y cronológico de hechos para la declaracion de los testigos, que ha de hacerse muchas veces sobre una pregunta con referencia á otra, lo que ya se previene en el mismo interrogatorio, citándose en este caso la anterior, y previniendose que se lea al testigo. Suele tambien en las preguntas seguirse el órden de poner primero el derecho activo, que dicen, esto es el que tiene el actor, como por exemplo, que Pedro tenia y poseia una casa; que éste instituyó heredero á Pablo; que Pedro murió; que Pablo aceptó y adió la herencia; y despues el derecho pasivo, que llaman, esto es la posesion ó quasi del reo, contra quien se dirige la accion.

Deben ceñirse al punto de la causa.

4 Deben tambien los artículos ceñirse al punto determinado de la causa, estando generalmente recibido, el que no se admitan artículos vagos, Fonta-

nella *decis.* 374. nuestra *constitucion* 12. *de Dilacions* dice, que no se admitan artículos, con los quales se diga generalmente, que la cosa, de que se trata, pertenece al litigante por sus justos y legítimos títulos, sino que en especie ó en individuo claramente se exprese el título, la causa, y razon particular, y por qué actos, contratos, ó sucesion pretenden pertenecerles dicha cosa. Por esto nuestra Audiencia ha reprobado varias veces la generalidad, con que algunos cautelosamente ponian en los artículos: *digan los testigos lo que sienten.* Esto segun Fontanella *decis.* 374. se hace; para no quitar al contrario la libertad de hacer las antepreguntas ó repreguntas á los testigos, de que se hablará despues, ni la de probar lo contrario de lo que cautelosamente quiere justificar el litigante disimulándolo y encubriéndolo en la generalidad, para que se pase á la parte contraria el término de prueba sin advertir lo que podria probar en contra. La naturaleza del juicio exîge, que se evite toda especie de cautelas, y que puedan ser oidos sobre todo los litigantes, dándoseles facultad de probar quanto sea y juzguen conducente.

5. Tampoco pueden ser impertinentes las preguntas, que presenten las partes, no siendo justo que se causen gastos, ni se ocupe el tribunal y sus dependientes en justificacion de cosas, que para nada sirven. En la *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* se manda, que no pueda recibirse probanza de las cosas, que probadas no pueden aprovechar: esto se ha de entender quando son manifiestamente impertinentes los artículos: en caso de dudarse de algunos, si son ó no conducentes, vagos, calumniosos ó idénticos ó contrarios á lo declarado, suscitándose sobre esto artículo de prévio pronunciamiento, suele de- *No deben ser impertinentes.*

clarar el juez, que se reciban á prueba salvo el derecho por los que fueren impertinentes, reservándose el conocimiento de esto para la sentencia definitiva. Como son tantas las miras, á que puede dirigirse la probanza de los artículos en algun pleyto, no es fácil algunas veces declarar, que no conducen para el punto del litigio. La prueba por otra parte es muy privilegiada, y debe facilitarse, para que por falta de averiguacion y justificacion de hechos no quede perdido y malogrado el derecho de las partes. A la que se opone á la prueba no se le perjudica no haciéndose mérito en la definitiva de la probanza de las preguntas, si no son conducentes. En los tribunales reales de Castilla no se da traslado del interrogatorio, como luego se dirá: y por lo mismo no se suscitan artículos de prévio pronunciamiento en quanto á permitirse ó negarse la prueba de algunas preguntas: todas se admiten á prueba *salvo iure impertinentium*: pero tal podria ser la falta de conducencia, calumnia ú otro defecto, que el juez de oficio no debiera admitirlos.

ni idénticas ni contrarias con las que se hubieren pretendido probar con testigos.

6 Tampoco pueden ser los artículos, aunque sean de segunda y tercera instancia, idénticos ó contrarios á otros artículos, sobre que ya se hubiesen presentado testigos y publicado sus declaraciones. Así está generalmente mandado en todas partes, y con pena de veinte y cinco libras catalanas en la *ordenanza* 332. de las de nuestra Audiencia. Tambien está prohibido lo mismo en la *ley* 24. *tit.* 16. *l.* 2. *Rec.*, en la 20. *tit.* 22. *lib.* 2. y en la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *Rec.* Esto se manda por el temor de sobornos, de que se hablará despues al tratar de la publicacion de testigos. Si en los artículos se citan algunos instrumentos no puede admitirse por

el escribano el interrogatorio, sin que se le den los que cita la parte.

7 Formado el interrogatorio con arreglo á los principios establecidos queda por ver, cómo y quándo se presenta, y como se solicita el término de prueba para justificar las preguntas, distinguiendo tiempos y provincias, y empezando por la nuestra. Concluidos los términos de contestacion, excepciones, reconvencion, réplica y dúplica presentan en Cataluña las partes, ó alguna de ellas los artículos, en que fundan su derecho, tanto en lo relativo á instrumentos, como en lo perteneciente á hecho, que deba probarse por testigos, y al fin, expresando ser verdadero todo lo que se dice en ellos, piden que se inserten en autos los instrumentos; que se tengan por presentados ó producidos, ó por reproducidos los que se hayan presentado ántes; que sean recibidos á prueba dichos artículos, y á este fin concedida una dilacion comun á las partes para probar. El juez provee en conformidad á lo que piden las partes, mandando correr la dilacion ó término, y que se dé traslado. Si alguno de los litigantes se opone á la prueba por ser los artículos impertinentes ó injuriosos ó vagos, ó por otro motivo, declara el juez este incidente. Desde esta declaracion, ó quando no hay contradiccion desde fenecido el término ordinario del traslado, y de los dias que se dan para las repreguntas, de que se hablará luego, empieza á correr el término de la prueba.

Cómo se recibe la causa á prueba en Cataluña formado el interrogatorio.

8 Quando los testigos, que han de presentarse, estan fuera del lugar del tribunal, las partes suelen pedir, que se expidan letras mandatorias, si se han de dirigir á magistrado dependiente del juez de la causa, y requisitorias si al independien-

te, y *plica* que llaman; esto es un despacho con pliego cerrado y sellado y con sobreescrito de direccion á todas y qualesquier justicias á que fuere presentado, comprehendiéndose dentro de él las preguntas y repreguntas correspondientes, para que el juez, á quien se presente dicho pliego, le abra y proceda, como ya se le previene en las letras, á tomar las declaraciones á los testigos, que se le presenten citados por la parte interesada, haciéndoseles las preguntas y repreguntas en el modo, que corresponde, y explicaré luego. Al mismo tiempo piden, que no corra el término de prueba, sino desde el tiempo de la abertura de la *plica*: y en estos mismos términos se suele conceder por el juez. Esta es la práctica de Cataluña.

Cómo en Castilla, y diferencia de uno á otro derecho en quanto á darse ó no traslado del interrogatorio.

§ 9. En Castilla fenecidos los términos de contestacion, excepciones, reconvencion, réplica y dúplica, la parte, que quiere instar el curso del pleyto, pide que sea la causa recibida á prueba: y así lo decreta el juez por el término correspondiente, oido, en caso que haya oposicion, lo que en contra se oponga. Hasta aquí es igual substancialmente la práctica: pero es diferente en lo que voy á explicar respecto de nuestra provincia, y respecto de lo que se hacia en Castilla en tiempos antiguos, y de lo que parece á algunos de los mismos autores castellanos, que debe practicarse. En Cataluña es claro con lo dicho, que de las preguntas, en que va á hacer probanza la parte, se da noticia al colitigante mediante la notificacion: pero en Castilla no se da noticia ó traslado: y esto mismo viene á inferirse, aunque no se diga expresamente, de lo que dice Martinez *Lib. de juec. tom. 2. cap. 6. num. 44.*, explicando el modo, con que se presenta el interrogatorio. Lo mismo con-

firma lo que se lee en el *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. de la *Práctica de Paz*: en donde en el *num.* 94. se dice, que en su tiempo ya habia prevalecido el estilo, de que en los tribunales seculares no se daba traslado del interrogatorio de preguntas. Con todo allí mismo dice, que se ha de atender el estilo de los juzgados, y que en el del Obispado de Salamanca en unas causas se daba, y en otras se dexaba de dar. En el mismo lugar expresa el citado autor, que por derecho corresponde darse. Esto tambien se lee en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 17. *num.* 9. en los términos siguientes: *De las preguntas, que da la parte para preguntar y exâminar sus testigos, de derecho se debe dar copia y traslado á la parte contraria, para que dé preguntas, por donde sean repreguntados, para que mejor den razon de sus dichos, y se averigue la verdad*: luego refiere, que Paz dice, que esto mas se practica en el foro eclesiástico, que en el secular, y añade: *aunque tambien se practica en el secular por haber la misma justa razon.* En el *tom.* 1. de la *Práctica Universal del Sr. Elizondo pag.* 123. impreso en 1783. se lee formulario de interrogatorio de preguntas, como formado por la parte contraria de la que presenta el interrogatorio de preguntas, sobre que funda su derecho, y se supone, que á los testigos, despues de haber declarado sobre alguna pregunta, se les repregunta.

10 De todo lo dicho parece deberse inferir, que aun en Castilla segun algunos autores de aquel reyno se tiene por correspondiente á derecho, que se dé traslado de los artículos ó preguntas, que se presentan para hacer probanza; y que en todos tiempos y aun en los nuestros se ha acostumbrado dar, y se da dicho traslado en algunos

tribunales por lo que parece del Sr. Elizondo: estoy bien informado que la práctica del dia es de darse solamente en los tribunales eclesiásticos.

Razones jurídicas, en que se funda el traslado del interrogatorio para las repreguntas ó antepreguntas.

11 La parte, contra quien se presentan testigos, parece tener libertad por derecho comun de formar antepreguntas ó repreguntas, esto es, ciertas preguntas, que deben hacerse al testigo ántes de su declaracion sobre la pregunta, para cuya probanza le presenta el colitigante. Este método parece del *cap.* 2. *de Testibus in* 6. que era corriente en el siglo trece: y por otra parte parece conforme al estilo de los romanos, como se dirá luego. Las indicadas antepreguntas ó repreguntas son unas redes ó lazos para coger á los testigos, que sin el debido conocimiento de las cosas se arrojan á declarar qualquier hecho, ó el contenido en alguna pregunta, por soborno de la parte, que le presenta. Trátase por exemplo, de que Pedro posee una casa en la calle de San Pablo de Barcelona, ó de que en quanto á ella se hizo algun contrato ó cosa semejante, cuya averiguacion conduce para el fin de la causa. Francisco, contra quien se dirige la prueba de que el testigo, que va á presentarse, vió lo que se dice en la pregunta, pide, que ántes de declarar sobre lo referido el testigo sea preguntado y diga, si sabe por donde se sale y entra en la calle de San Pablo de Barcelona, ó quál sea su situacion, expresando, que si dice saberlo, lo individualize: dícese tambien por exemplo en una pregunta, que Pedro está en la posesion inmemorial de dicha casa: pide Francisco, que ántes de leérsele al testigo dicho artículo se le pregunte, quáles sean los requisitos de la posesion inmemorial, añadiendo que si los sabe los individúe; y que, si dice que no, no sea;

mas preguntado. Si el testigo ignora la entrada y salida de la calle de San Pablo ó su situacion queda prendido en la red: porque mal podrá convencer al juez su declaracion, de que vió poseer á Pedro la casa en la calle de San Pablo de Barcelona, si ignoraba el sitio. Si tampoco sabe el testigo, que los requisitos de la posesion inmemorial son quatro, ni en qué consisten, poca ó ninguna fe puede hacer su declaracion, por quedar averiguado, que es de un hombre, que declara y jura á voluntad de la parte lo que no entiende. Estos dos exemplos bastan para entender el artificio, que cabe en esta parte contra los que sin el debido miramiento, con malicia, ó criminal condescendencia se precipitan á declarar lo que no saben con gravísimos perjuicios de las partes.

Razon histórica del estilo de los romanos.

12 Los testigos parece, que segun las leyes antiguas de Roma declaraban ante el juez con libertad en los interesados de preguntarles y reconvenirles sobre lo mismo, que declaraban: así verémos, que se hacia al hablar de las causas criminales, y consta de Brisonio *Select. antiquit. lib.* 2. *capit.* 1. Lo propio se ha practicado en todos tiempos, y se estila en los nuestros en muchas naciones: una pregunta, ó reconvencion hecha de un modo semejante delante del juez, podia cortar á un falsario, ó influir mucho en que quedase patente y notoria su falsedad. Si el estilo de estos tiempos ha introducido, que casi nunca declaren los testigos en presencia del juez y de la parte, contra quien se presentan; si en el dia son tantas ó mayores, que en otros tiempos, las quejas y desconfianza de los testigos, parece ahora mas que nunca justa y útil la libertad de hacer siquiera por medio del escribano alguna antepregunta, en

P 2

donde esté autorizada esta práctica, conservando ella la antigua de los romanos, y la moderna de muchas naciones, y siendo un modo natural de presentar los testigos en juicio; esto es en presencia ó con intervencion de la parte contraria.

13 En Cataluña suelen las preguntas referidas llamarse por algunos antepreguntas con relacion al tiempo de *ántes* de declarar el testigo sobre la pregunta, que se le ha de hacer. Los autores castellanos veo, que las llaman repreguntas: esto parece, que será con alusion, á que despues de haberse hecho al testigo la pregunta presentada por la parte que le presenta, se le repregunta á instancia de la contraria, si en realidad se hace la pregunta despues de la declaracion sobre el artículo, como parece que prueba ó supone el lugar citado del Sr. Elizondo: pero tampoco parece, que haya repugnancia, en que se hagan ántes las preguntas, y que se llamen repreguntas con referencia al tiempo, que se presentan por las partes; como que los artículos, que se presentan primero por un litigante, se llaman preguntas, y las que solicita la parte contraria segundas preguntas, ó presentadas en segundo lugar; y recayendo sobre las primeras se llaman repreguntas, sin podérseles dar el nombre simple de preguntas, para no confundirse con las primeras: no admiraré que de este modo se hiciesen antiguamente, y se les llamase repreguntas en este sentido. Pero de algunos autores parece, que ántes y despues de declarar los testigos sobre la pregunta eran preguntados, y que con esto habia antepreguntas y repreguntas.

Utilidades de dichas repreguntas.

14 Supuesto todo lo dicho parece conforme á derecho, que en donde hay costumbre se dé traslado de los artículos, sobre que cada parte quiere

presentar probanza, y que tiene este estilo las utilidades siguientes. En primer lugar, no dándose traslado de dichos artículos, no puede fácilmente la parte contraria formar las repreguntas, que es un medio excelente para descubrir la malicia, ignorancia y falsedad de los testigos, y para que, como se dice en la *Cur. Filip.*, se *averigue la verdad.* En segundo lugar, parece justo, que sepan mutua y recíprocamente las partes lo que quieren probar en tiempo oportuno, para pertrecharse la una contra la otra con todo género de defensa, que le da la causa y su derecho. Pretende el actor por exemplo el dominio de una casa por varios títulos, proponiendo expresamente la accion *ex empto* en la demanda, y dexándose caer en la misma, ó en otro escrito alguna generalidad en quanto a otros títulos; presenta en el término de prueba un artículo de prescripcion para probarla por medio de testigos: si la otra parte no tiene noticia de esto no puede presentar artículo de los años de guerra, peste, menor edad, matrimonio respecto á la muger, y otras cosas semejantes, que destruirian del todo el título de la prescripcion. Fácilmente pueden figurarse otros muchos lances semejantes: y, aunque es cierto, que los artículos ó preguntas, que presenta la parte, han de ser conformes y arregladas al tenor de la demanda, contestacion ó excepciones respectivamente propuestas, parece que fácilmente pueden ofrecerse muchas disputas sobre si son ó no conformes, y que, si se excede la parte, no habiendo traslado no es posible ó fácil el precaverse.

15 En tercero lugar, sentado que los artículos no pueden ser generales, ni vagos, ni inconducentes, ni calumniosos, ni contrarios, ni idénticos

con los que ya se han probado con testigos, cuyas declaraciones se hayan publicado; parece que las partes han de ser oidas sobre esto en tiempo oportuno: y esto no puede ser sino mediante traslado ó conocimiento de los mismos artículos, que va á probar el colitigante.

16 Otra ventaja hay en esto, y es la de poderse fácilmente ahorrar gastos á las partes. Puede y suele qualquiera litigante en su demanda ó excepcion hacer mérito de todos los títulos, que tiene robustos y débiles: puede despues, viendo que no podrá lograr probanza plena, ó que ha de quedar destruida la que pretendiere hacer, abandonar el uso del derecho de la prueba en quanto á alguna parte: en este caso, si el colitigante ve esto mismo con los artículos que ha formado, no ha de presentar probanza ninguna de las excepciones y hechos ántes indicados: ignorándolo ha de gastar superfluamente en poner artículos, y en presentar testigos para su justificacion. Muchos casos pueden discurrirse, en que ha de ser mucho mayor el ahorro de gastos en los respectivamente interesados.

Utilidades de la práctica contraria.

17 La práctica contraria de los tribunales reales de Castilla tiene tambien sus utilidades. Rara es la vez, que en los tribunales, sean los que fueren, se deseche la prueba de alguna pregunta por impertinente, acostumbrando siempre mandarse en el modo, que se ha dicho en el *n.* 5. y reservándose para el tiempo de la sentencia definitiva el exâmen, de si la pregunta es ó no impertinente: tampoco es freqüente el caso de calumnia en causa civil: por otra parte el juez de oficio, si hay preguntas calumniosas, idénticas ó contrarias á lo declarado ya por testigos, ó no con-

formes con la demanda y excepciones opuestas, puede de oficio ó por mejor decir debe impedir la prueba: por fin evita dicha práctica muchos artículos de prévio pronunciamiento, con que se procura maliciosamente entorpecer el curso de la administracion de justicia.

18 El tiempo, que se da en Cataluña para formar las repreguntas, es el de cinco dias desde el traslado ó notificacion de artículos, *constit.* 1. *y* 3. *de Dilacions*, teniendo la parte con los tres del traslado por la oposicion, que puede hacerse á que se reciba á prueba alguno de los artículos, ocho dias. De estas repreguntas por ningun motivo se ha de dar, ni se ha dado jamas traslado en ningun tribunal, como se puede ver en Paz en el *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 94. y en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 17. *num.* 9. De otro modo podria la parte, contra cuyos testigos se arman los lazos de las repreguntas, eludir el fin de ellas, instruyendo á los que han de declarar: y por esto mismo se suele exîgir el juramento de no revelar los testigos lo que se les repregunte: y esta es una de las muchas cosas, en que han de guardar el mayor secreto los escribanos.

Término que se da en Cataluña para las repreguntas sin concederse traslado de ellas.

19 El interrogatorio, ó la série de artículos ó preguntas, en Castilla, segun dice Martinez *Lib. de juec. tom.* 1. *cap.* 6. *n.* 44. se hace, expresándose primero en ella, que sean preguntados los testigos, si conocen á las partes que litigan, y si son comprehendidos en las generalidades de la ley, como apasionados, amigos muy íntimos, enemigos, parientes, yernos, cuñados, deudos, sirvientes suyos ó paniaguados, sobornados ó sugeridos, ó pagados por decir ó atestiguar cosas, que no son verdad: despues sobre aquellos puntos, que con-

Modo con que se extienden las preguntas en el interrogatorio.

ducen á probar el derecho, se forman las demas preguntas hasta la última, que consiste en expresar, si saben, que lo referido en las antecedentes es público y notorio. En Cataluña no se suele poner la primera pregunta: pero al fin de cada una de ellas tiene obligacion el escribano de preguntar al testigo, si le comprehende alguna de las generalidades de la ley, advirtiéndolas, y así se practica. Tampoco se estila en Cataluña la última pregunta, sino que en cada una de las que se forman para probar el derecho se afirma, que es público ó notorio, ó que es uno y otro: pues en lo que resulta de instrumentos solo se expresa ser público.

Derecho para pedir respuestas personales sobre las preguntas y efectos de él.

20 Así el actor como el reo pueden al mismo tiempo de presentar sus preguntas instar respuestas personales de la parte, contra quien las dirigen sobre el punto ó puntos, que les pareciere: y para esto suele pedirse al juez, que mande al colitigante, que sin instructor y en la forma estilada responda personalmente con juramento sobre lo que fuere preguntado, y que á dicho fin se le señale dia y hora para conferirse el escribano en casa del que ha de responder, quando sea persona ilustre, ó de los que tienen privilegio para no ir á la del mismo escribano, como se ha dicho, que le tienen algunos en el *lib. 1. tit. 9. cap. 10. sec. 6. y cap. 14. sec. 2. art. 2.* No cumpliendo, como se manda, el que ha de responder á peticion de la parte si lo pide, se le vuelve á mandar por segunda y tercera vez, *ley 1. tit. 7. lib. 4. Rec.*

21 Este derecho de pedir respuestas personales le tienen generalmente los autores por autorizado en los *capítulos 1. y 2. de Confessis in 6.* y, aunque en estos no se habla sino de los casos, en que

los artículos no pueden probarse de otro modo, que por la confesion de la parte, lo veo extendido generalmente á todos por derecho comun. Estas respuestas corresponde pedirlas, por lo que respecta á las preguntas, ántes de presentar los testigos y otras probanzas, para ahorrar los gastos de la probanza mediante respuesta personal: pues con ésta ya se tiene confesion de la parte; y por consiguiente plena prueba; de modo que en la *ley* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Rec.* se prohibe hacer probanza sobre lo confesado con respuesta personal. Á este fin, quando se pide en esta provincia, que la causa sea recibida á prueba, y al mismo tiempo se solicitan respuestas personales, se suele pedir y conceder, que hasta haberse hecho estas no corra el término de prueba: y el escribano de la causa luego, que se ha practicado la diligencia de dichas respuestas, debe dar, y da copia de ellas á la parte, que lo instó, y desde dicho tiempo empieza á correr el término. De la misma *ley* 4. últimamente citada consta expresamente, que el escribano sin necesidad de decreto, ó permiso de juez ha de dar copia, ó traslado de la respuesta personal del colitigante, para que él sepa sobre lo que ha de hacer probanza. En el Digesto hay título de *Interrogationibus in iure faciendis*: pero de Heineccio en sus *Elementos segun el órden de las Pandectas part.* 2. §. 245. es evidente, que las respuestas personales, de que he hablado, son del todo diferentes de las que formaban el objeto de dicho título, que se hacian ántes de la contestacion del pleyto, para fundar la demanda y no la prueba, y para el fin de no pedir mas de lo que correspondia, huyéndose de caer en un lazo de los de la antigua jurisprudencia, y que ya no estaba en uso en tiempo de Calistrato, como consta de la

ley 1. en el *principio* y §. 1. de dicho *título*.

22 En algunas partes no se obliga á respuestas personales, quando se trata de hecho despues que han pasado ya diez años, ó de un viejo de setenta, por suponerse falta de memoria, ú olvidados los hechos en dichas circunstancias. En Cataluña se practica lo contrario, Tristany *decis.* 26. *num.* 9.: y será porque en este caso de haberse olvidado, pudiendo decirse esto mismo, no se perjudica á la parte, que ha de responder.

En qué términos ó palabras se han de hacer las respuestas personales.

23 Estas respuestas personales se acostumbraba pedir antiguamente, que se hiciesen por la parte preguntada por palabra de *niego ó confieso*, ó *creo ó no lo creo*, *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 4. *Rec.*, y en algunas partes solamente por las palabras de *creo ó no creo*. Estoy, que esto haya provenido desde sus principios de haberse ido introduciendo el estilo de los antiguos romanos, por lo que se dirá al hablar de testigos y sentencias, que, habiendo prevalecido la opinion de los académicos, excusaban la afirmacion ó negacion absoluta. En Castilla ya se derogó esta práctica en 1502, como consta de la *ley* 2. del *título* citado: con ésta se enmendó la primera, disponiéndose que la parte responda, confesando ó negando simplemente, con juramento, y no por palabra de *creo ó no creo*. En Cataluña ha quedado la práctica antigua de pedirse y hacerse las respuestas personales por las palabras *creo ó no creo*, pareciendo ciertamente que por las razones mismas, que se darán al hablar de testigos y sentencias, y por la *ley* 2. citada, es mas correspondiente la contraria, especialmente en hechos, de que tenga pleno conocimiento el que declara: bien que en algunos casos, en que no le es dable afirmar con certeza una cosa, puede ofre-

cerse embarazo, si por otra parte la cree.

24 Por el *cap. 2. de Confes. in 6.*, la *ley 3. tit. 13. part. 3.* y las *leyes 1. y 2. tit. 7. lib. 4. Rec.* la parte, que se resista á responder sobre alguna pregunta, debe darse por confesa en ella: pero Paz en su Práctica *tom. 1. part. 1. temp. 8. num.* 84. dice, que esta fingida ó presunta confesion solo tiene lugar, quando á la parte se le hubiere mandado responder en presencia del juez, y se hubiere resistido sin querer responder: para esto hace argumento de las palabras *interrogatus iussusque à júdice* del *cap. 2. de Confessis in 6.* y de las de la *ley 2. tit. 7. lib. 4. Rec. en presencia del juez*, que en realidad son oportunas para este modo de opinar.

Presunta confesion del que no quiere responder.

25 Segun la *ley 2. tit. 7. lib. 4. Rec.* la respuesta á la pregunta debe hacerse por la parte sin dársele antes traslado de ella, ni término para deliberar, ni consejo de letrado: en Cataluña en el mismo tiempo, en que hemos dicho, que se presentan los artículos, y se pide el término de prueba, suele solicitar tambien la parte, que á la contraria sobre los artículos, que se le expresa, se le mande responder personalmente sin instructor y en la forma estilada: así lo suele decretar el juez con el *notifíquese* ó traslado regular, mediante el qual hemos dicho ántes, que pueden precaverse las partes con todo lo relativo á preguntas y repreguntas, que no deban admitirse á prueba: pero no tengo duda, en que la parte tiene tambien derecho á pedir, si le conviene, que se execute la diligencia de las respuestas personales sobre los artículos, que presenta, antes de su traslado ó notificacion, ó á proponerlos, como si los quisiese probar con los testigos, y despues instar separadamente las respuestas personales, executándose luego la diligencia de mandar, que las dé el coli-

La respuesta personal debe exigirse sin darse ántes traslado de la pregunta.

tigante sin saber, que se le haya de mandar, ó que se haya mandado, sino en él mismo instante, en que se le obliga á dar las respuestas.

CAPÍTULO V.

Del órden, con que se ha de proceder en el conocimiento de las cosas pertenecientes á un juicio.

Razon porque aquí debe tratarse de dicho órden.

1 Es notorio, que en un pleyto son muchas las cosas, que deben tratarse: y quando el objeto de él, ó el punto céntrico de la dificultad sea uno solo, son algunas veces varias en número y diferentes en especie las cosas, por donde se ha de llegar al fin principal. Por esto es preciso hablar del orden, que debe seguirse en tratar de dichas cosas, y de la prueba de ellas.

Primero debe conocerse de la qüestion mayor, que de la menor.

2 Paulo en la *ley* 54. *Dig. de Iudiciis* dice, que la qüestion mayor debe atraer á sí la menor: de la decision del todo pende la de la parte. De aquí es, que, si se suscita pleyto sobre el valor y firmeza de un testamento, y de lo que comprehende una ó diferentes mandas de él, se ha de tratar ántes de lo primero, que de lo segundo; mayormente, si son distintos los jueces, que han de sentenciar sobre uno y otro, *ley* 7. *Dig. de Her. petit.* En un mismo juicio no parece, que haya reparo en estos tiempos en acumular los dos puntos, y en conocerse y decidirse en una sentencia de entrambos.

y primero de la prejudicial, que de la principal.

3 La segunda regla, y la de mas uso para todos los dias, es la de que, si hay alguna qüestion prejudicial en un juicio, debe tratarse de ella, ántes que de la causa principal, con artículo de los que suelen llamarse de prévio conocimiento ó pro-

nunciamiento. Se excita por exemplo duda, de si el actor ó reo son personas legítimas para presentarse en juicio, tratándose de su qualidad, si son libres ó esclavas, si viven con sujecion ó dependencia de tutores ó curadores, ó con absoluta independencia. Es evidente en estos casos, como consta de la *ley* 5. *y* 7. *t.* 10. *part.* 3., y se infiere de la 2. *Cod. de Ord. congnit.* y de la poco ha citada 7. *Dig. de Her. pet.*, que primero debe decidirse el punto incidente, que el principal del pleyto: y es bien clara la razon, porque de otro modo podria quedar ilusorio el juicio, y perderse inutilmente el tiempo y el dinero. Lo mismo debe decirse quando se duda, si el poder presentado es bastante para pleytos; si la causa debe ó no admitirse á prueba; si ha corrido, ó no el término concedido para ella; si hay nueva emergencia, ó noticia de hecho, nuevamente adquirida, que pida otro término, si deben acumularse algunos autos, y otros muchos incidentes, que pueden suscitarse, y se suscitan muchas veces en los pleytos, expresando en estos casos la parte, que forma artículo de prévio pronunciamiento.

De los abusos en suscitar artículos de prévio pronunciamiento.

4 Estos incidentes ó artículos de prévio pronunciamiento, que llaman comunmente altercados en Cataluña, son el pretexto, ó la capa, con que se cubre la malicia de las partes, y de los malos procuradores y juristas, ocupados en estudiar como puedan suscitar muchas dificultades, y proponerlas una tras otra, solicitando nuevos colitigantes, negociando cesiones, empeñando tribunales con competencias de jurisdiccion, que arman de intento, disputando de todo sin confesar cosa ninguna, y obligando á pelear en cada palmo de tierra, que se ha de ganar. De este modo se agotan en discurrir medios, para diferir con largas la decision del pley-

to, y fatigar á las partes interesadas, á quienes se perjudica de mil maneras: y ha habido tiempos, en que las cabezas mas fecundas en discurrir semejantes embarazos para la decision se han tenido por los mejores abogados, sin llegar á merecer este nombre.

5 Lo peor de todo es, que en esto es tan conocido el mal, como dificil de hallar el remedio, porque es mas especulativo, que práctico el prefixar determinados términos, y tomar otras providencias semejantes. Todo esto está hecho, y es necesario, y se ha notado ya en el *tit.* 1. *cap.* 2., y se advertirá en todos los trámites del juicio: pero todo lo elude la refinada malicia de los litigantes, si no proceden de buena fe: y por otra parte no es fácil averiguar, quando obran con la mala para multarles, porque en todas cosas suele haber dificultades: y, si la parte se obstina en negarse á todo, y en hacerlo probar, conocer y decidir, queda poco que hacer al juez. Á éste no se le puede dar arbitrio para desviarse de los trámites legales, porque huyendo de un escollo se daria en otro mucho peor de una jurisprudencia arbitraria ó despótica: y seria un remedio cien veces mas dañoso, que el mismo mal, que se pretenderia curar. Sobre esto me refiero á lo dicho en el *cap.* 3. *lib.* 1. en los *Preliminares n.* 9. *al* 14. La buena eleccion de jueces rectos, hábiles y expeditos, su influxo en los ascensos y premios de los abogados, y en estos una buena educacion pueden contener en mucha parte el mal.

6 En nuestro derecho ya se habian procurado obviar los inconvenientes referidos con la *const.* 4. *de Altercats.* En esta se manda, que el que quede vencido en artículo, pierda los términos de prueba, que en otra manera tendria. Buena providencia seria esta: y declara ella el espíritu de nuestro dere-

cho pátrio contra el abuso de los artículos: pero la misma severidad de las leyes dexa muchas veces frustrado su fin, como se dirá al hablar de las penas: y así parece, que sucedió en esta parte. Como es tan terrible la pena de no poder probar, que es no ménos, que perder del todo la causa, se admitió luego la modificacion, de que debia entenderse dicha constitucion, si no habia justa causa para suscitar el artículo: de este modo, á excepcion de quando se condena en costas el litigante, cosa que rarísima vez sucede, no se puede hablar de haber incidido en dicha pena, segun parece de Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *n.* 114.

De los artículos, que se pueden tratar en pieza separada.

7 Algunas veces los artículos sobre despojos, alimentos, atentados, ó cosas semejantes se tratan en pieza separada de los autos principales, *const.* 5. *de Altercats*: y esto generalmente se observa en muchas partes, quando el artículo es por su naturaleza separado sin conexîon de materia, que impida la separacion de lo que se trate.

CAPÍTULO VI.

De los terceros opositores.

Quiénes son y por qué se llaman terceros opositores.

1 Hasta aquí he hablado de actor y rèo, y de los procedimientos, que se hacen á su instancia, explicando el órden, con que se ha de conocer de lo que cada parte expone en razon de su derecho: pero hay mas personas, que considerar en un juicio. Contestado el pleyto sucede alguna vez, que alguno ó algunos, que pueden tener interes en la causa, comparecen en ella, pidiendo ser oidos tambien, y que les sea admitida su oposicion. Estas personas suelen llamarse terceros opositores,

como que á mas de oponerse entre sí el actor y el reo, que son las dos primeras personas, á cuya instancia se forma la causa, son las terceras, que hacen oposicion y contradiccion en el juicio. Por la *ley.* 19. *Cod. de Lib. caussa*, por la equidad natural, y para excusar pleytos se suelen admitir: pues, no oyéndose á los terceros opositores en una causa empezada, seria preciso oirlos en otra separada y nueva: pueden y deben estas personas reducirse á actor ó reo.

De quándo y cómo deben ser oidos.

2 Hay varias dificultades sobre el tiempo, en que puedan ser oidos estos opositores, y sobre si se les han de dar términos de prueba quando comparecen, distinguiéndose entre los que se presentan á defender al actor ó al reo, ó á impugnar á los dos, ó á alguno de ellos: en el primer caso de comparecer para la defensa del actor ó del reo dicen, que ha de seguirse la causa en el estado en que se halla; y que en el segundo de presentarse para impugnar á uno ú á otro ú á los dos se ha de dar término de prueba al tercer opositor, Cancér de *Tert. opositor. num.* 5. *hasta el* 10., *Juic. execut. Cur. Filip.* §. 26. *num.* 12. Cancér en el mismo lugar pone una restriccion en quanto á la segunda parte, diciendo que no se ha de dar término de prueba al tercer opositor, que comparece para impugnar á ambas partes de actor y reo.

3 En Cataluña en la *const. últ. de Tercers opposans* tenemos expresa y literalmente determinado, que qualquiera tercer opositor ha de tomar y seguir la causa en el estado en que la hallare, de manera que, si para los principales litigantes hay término de prueba, le haya tambien para el tercer opositor, y, quando no le tengan los demas colitigantes, de ninguna manera le tenga tampoco

el tercer opositor, dexándosele salvo el derecho para otro juicio: y esto es lo que constantemente dice Cancér de *Tert. opositor, num.* 9. que hace nuestra Audiencia: en este lugar parece, que equivocadamente supone, no proceder esto por constitucion, siendo así que es bien terminante para ello la citada.

De lo mismo en quanto al juicio executivo.

4 En el juicio executivo debe darse tiempo para probar al tercer opositor por el perjuicio irreparable, que en otra manera pueda causarse, *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *Rec.*, Cancér de *Tert. opositor. num.* 54. *hasta el* 89.: ya se tratará de esto en dicho juicio.

El tercer opositor no puede llevar la causa á otro tribunal.

5 Es conseqüencia de todo lo dicho, que el tercer opositor no pueda con pretexto de fuero llevar la causa á otro tribunal, exceptuado el fisco, que nunca litiga sino en su juzgado, Cancér de *Tert. oposit. num.* 40. *hasta el* 47. En el título citado de Cancér, en Covarrubias, y otros, que él mismo cita, como tambien en el §. 26. *Juic. execut.* de la *Cur. Fil.*, puede ver el que quisiere saber mas cosas de esta materia, especialmente en los juicios executivos, en donde es mas natural y regular el presentarse terceros opositores.

CAPÍTULO VII.

De los términos de prueba.

SECCION I.

De los términos de prueba en general, y en particular del término de prueba con relacion á testigos.

ARTÍCULO I.

De lo que es término de prueba, y del tiempo, que comprehende el que se da para presentar testigos.

Del término de prueba, y de lo que en él se ha de practicar.

1 He tratado ya de las dilaciones citatorias y deliberatorias: entran ahora las probatorias. El órden natural, con que voy siguiendo el juicio por sus trámites regulares, pide que hablemos del tiempo, que se da para justificar con probanzas por los respectivos litigantes la demanda, la reconvencion, las excepciones y réplicas, que es lo que comunmente se dice *término de prueba*. Término de prueba en rigor puede decirse qualquiera plazo de tiempo concedido para probar, ya sea con testigos, ya con escrituras, confesion de la parte, y qualquier otro modo: pero regularmente el término de prueba, y el recibirse la causa á prueba, se entiende del tiempo concedido para presentar testigos, prescindiendo de otras probanzas, aunque éstas se puedan hacer tambien en dicho término: pues á todo género de prueba se da lugar en dicho tiempo, como de las escrituras, y de la confesion de parte mediante la respuesta personal queda di-

cho. En él con citacion de parte se compulsan las escrituras, que citan los litigantes para su defensa, ó del mismo modo se comprueban las que se hubieren presentado ántes, si se redarguyéron de falsas, como se verá despues, que puede hacerse. Lo que hay es, que las escrituras y confesion de parte pueden tener lugar fuera de este término, pero no los testigos.

Quando fuera del término de prueba pueden presentarse testigos.

2. Esta regla, de que fuera del término de prueba no pueden presentarse testigos, tiene la limitacion de quando se alegan nuevas excepciones, jurando la parte, que viniéron nuevamente á su noticia, y que no las dexó de poner por malicia: en este caso y en el de nueva emergencia, como de morir el litigante, de haberse de justificar su muerte, y citar su heredero y en otros semejantes, se debe conceder nuevo término de prueba, *ley 5. tit. 9. lib. 4. Rec.* con tal, que no se haya concluido en causa, como se verá despues: en esto estan conformes todos los autores: y es bien clara la razon fundada en la necesidad y equidad.

Necesidad del término de prueba.

3 Este término de prueba es acto substancial, contestando tambien en esto todos los autores, y sentando, que se debe por derecho de naturaleza y divino, á causa de ser natural la defensa. Nadie puede ser condenado sin ser oido, reprobándose semejante modo de proceder en distintos lugares, como en el *cap.* 16. de los *Hechos de los Apóstoles.* En prueba de lo mismo suele citarse el *cap.* 3. del *Génesis*, en donde consta, que sin embargo de no poderse ocultar á Dios, ni equivocarse su Divina Magestad en la caida de Adan, quiso oirle ántes de condenarle con el *dixit ei ubi es*? En todas partes se ha reconocido ser de derecho natural el término de prueba, aunque con alguna diferencia en quanto

al plazo de tiempo, concediéndose en unas partes mas, en otras ménos, con distincion entre causas y causas, y abreviándose regularmente los términos en las de lesa magestad.

Quánto tiempo se da para él en Castilla, y cómo suele concederse.

4 Por derecho de Castilla el término de prueba en las ciudades y villas de aqüende los puertos es de ochenta dias, y de allende de los puertos ciento y veinte, para probar y haber probado, y para presentar la probanza, *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* Los jueces pueden abreviar dichos términos, pero no alargarlos, *ibid.* Paz en su *Praxis tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 27. *al* 37. dice, que la práctica, que rige mas freqüente en España, es de que, si la causa es grande, se dan tres términos inclusos en una dilacion, que llaman la primera, de nueve en nueve dias; que, si la causa es de las medianas, se dan dichos tres términos de seis en seis dias; que, si es de las mínimas, como quando hay alguna confesion de parte, y la cantidad no esta líquida, ó quando es sobre salarios de criados, mozos de soldada, aprendices de oficios, alquileres de casas y otras cosas de esta calidad, en tales causas se dan, dice, los términos de tres en tres dias, y otras veces se recibe á prueba con término de quatro ó seis dias con toda carga de publicacion, conclusion y citacion para sentencia: añade, que depende esto del arbitrio del juez; que quando el término probatorio fué concedido sin toda carga, y dándose los tres términos en la primera dilacion de nueve en nueve dias, de seis en seis, ó de tres en tres, entónces fenecidos los dichos tres términos concedidos en la primera dilacion, se da segunda dilacion pidiéndose con juramento, (que á lo que entiendo ha de ser de no pedirse la dilacion por malicia) y que esta dilacion suele llamarse

quarto plazo, dándose con respeto á las distancias, persona y causa: dice, que, concedido el quarto plazo mediante el juramento referido, se pide proroga del quarto plazo, el qual es la última dilacion. Advierte que esta es la práctica de casi todos los tribunales seculares en el Reyno de Castilla, y que en los eclesiásticos no se suele conceder la proroga de quarto plazo. Previene el mismo autor en el *n.* 34., que los tres términos inclusos en la primera dilacion, y el término del quarto plazo, y de su prorogacion, no pueden exceder los ochenta y ciento y veinte dias de la ley arriba referida. De consiguiente solo pende del arbitrio del juez, atendidas dichas circunstancias y el estilo de los tribunales, que siempre debe atenderse mucho en esta materia, el conceder mas ó ménos términos, y coartar mas ó menos los ochenta y ciento y veinte dias de la ley, no pudiéndolos de ningun modo prorogar.

5. En el modo de explicarse el referido autor, y en el estilo regular de otros escritores, que hablan de lo mismo, parece que solo se consideran dos dilaciones con cinco términos en ellas, quando cada término parece, que debia considerarse como una dilacion: en realidad hallo, que en la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.*, hablándose de los términos de prueba, y de que para la que se ha de hacer allende del mar se han de dar seis meses, se añade, *y que no se pueda dar, ni dé otro mas termino, ni dilacion por quarto plazo, ni por quinta dilacion.* De estas palabras se vé claramente, que cada uno de los primeros términos se tiene por la ley por dilacion, y el quarto plazo y proroga de él por quarta y quinta dilacion: pero esto seria qüestion de nombre.

6 Lo que se ha referido de Paz no es lo mas corriente en el dia, por lo ménos en general

en quanto á los tribunales de Castilla. El estilo corriente es, que en los consejos supremos se suele admitir la causa á prueba, concediéndose de una vez todo el término de los ochenta ó ciento y veinte dias de la ley: en los tribunales ordinarios nunca se suele conceder de una vez todo el término sino parte de él: y despues á instancia de las partes, segun lo que ellas van pidiendo, y exîgen las circunstancias, se va prorogando el término hasta completarse, si es necesario, los ochenta dias de la ley. En todos los tribunales así ordinarios, como superiores, se ha introducido el estilo de que, ocurriendo algun motivo á instancia de la parte, que le expone, manda el juez suspender el término. En los juicios sumarios, en cuyo número deben contarse los artículos de prévio pronunciamiento, se acostumbra recibir la causa á prueba por via de justificacion: se estrecha mas el término, que en una causa ordinaria; y en ningun caso se concede mas término que el de setenta y nueve dias para no llegarse al de la ley en juicio ordinario.

En qué se funda la division del término en distintos plazos.

7. La division del tiempo de prueba en quatro términos ó dilaciones, parece que se deriva de la auténtica *Atqui semel Cod. de Probat.*, y que está expresa en la *ley* 3. *tit.* 15. *part.* 3.

Del término de prueba ultramarino en quanto á Castilla.

8. De la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* consta, que el término de prueba, quando ésta se ha de hacer allende del mar, es de seis meses, como queda indicado, incluyéndose en este tiempo el término ordinario: Paz en el lugar citado *num.* 37. *hasta el* 45. dice, que para este término debe la parte presentar informacion, de que tiene los testigos ultra mar, y jurar que el término no se pide por malicia, y depositar luego dinero para las costas á la parte contraria en caso de que el que pide

el término ultramarino no pruebe su intencion.

9 Peguera en el *cap.* 187. dice, que la dilacion ultramarina, por lo que respecta á nuestras Indias, es de año y medio, y de dos años por lo que toca al Perú, citando varios autores castellanos con referencia á una pragmática: y así dice, que lo resolvió nuestra Audiencia en 1597. Expresa que la pragmática dice: *que para probar lo que pasó en Indias de Nueva España el término ordinario es año y medio, y si en el Perú dos*: lo propio se lee en Paz *Práct. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 39. citándose la *pragmática* 42. *cap.* 15., *ley* 24. *de las de Indias.*

Del mismo en quanto á Indias.

10 En Cataluña el término regular de la prueva, ó para probar y haber probado con testigos é instrumentos era de tres meses, y arbitraria la ultramarina, no pudiendo pasar de nueve meses, *constit.* 2. *de Dilacions*, Fontanella *decis.* 163. En las causas sumarias era de dos meses para probar con testigos, y de otros dos para probar con instrumentos y qualquiera otro género de prueba, y para instruir el proceso, *constit.* 7. *de Causas sumarias.* Esto era segun derecho antiguo. Se cree en el dia, que en nuestra Real Audiencia los términos de prueba son arbitrarios: y en estos términos se lee en el epígrafe de la *ord.* 113. de las de nuestra Audiencia: pero estoy, en que solo lo son en los mismos términos de poder abreviar, y no prorogar el tiempo de las constituciones citadas, ó de los ochenta y ciento y veinte dias, como se ha dicho de los jueces de otras partes ó de Castilla: pues tanto en el *cap.* 6. de la *Nueva Planta*, como en la *ordenanza* citada 113., solo leo, que pueden las salas limitar ó ceñir los términos de prueba y otros, como lo juzguen justo, para evitar calumnias y ad-

Del término de prueba en quanto á Cataluña.

ministrar justicia con brevedad: y en la márgen de dicha *ordenanza* se cita la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* arriba referida, con relacion á la qual parece que debe entenderse el arbitrio, y por consiguiente en los términos referidos. Por lo que toca á causas de posesorio Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *num.* 66. *hasta el* 71. dice, que las dilaciones son arbitrarias. En nuestra Audiencia de Cataluña hay el estilo muy autorizado de señalarse diez dias de término ó dilacion comun á las partes para probar en las causas de posesorio y veinte en las de petitorio. En el Consulado de Barcelona, en donde son arbitrarios los términos de prueba, segun consta de la *const.* 2. *de Caus. mercant.*, y de otros lugares y consulados, suelen señalarse diez dias de dilacion por término de prueba. En los tribunales ordinarios de esta provincia se dan tres dilaciones por término de prueba segun estilo y práctica inconcusa; una de diez dias, otra de seis, y otra de tres; y aun suele darse otra despues de tres tambien, que llaman la juratoria, porque no se concede, sino ofreciéndose la parte á prestar el juramento, de que no se pide por calumnia, ni por alargar el pleyto.

11 En quanto á recusaciones de Ministros de la Audiencia de Cataluña por la *const.* 2. *de Recusació de tots jutges* consta, que dentro de ocho dias de notificada al colitigante la solicitud de la recusacion se ha de decidir el punto. Fontanella en la *decis.* 20. dice, que por conseqüencia de haberse de decidir en los ocho dias el punto de la recusacion se han de hacer en los mismos ocho dias las probanzas, bien que no corre el término de los ocho dias, sino desde el dia, en que la parte hubiere respondido á las causas opuestas de recusacion.

En las *decisones* 17. y siguientes del mismo autor *hasta la* 21. se trata del mismo asunto, expresándose en la 21., que si la prueba se ha de hacer en lugares remotos se da mayor tiempo á prudente y regulado arbitrio: pero esto es un asunto particular y variado en el dia por lo que he dicho arriba de ser arbitrarios los terminos de prueba en nuestra Real Audiencia.

Del término en quanto á la prueba de tachas y otros artículos.

12 Del término de prueba para probar las tachas, que se opongan á personas y dichos de los testigos, se hablará en el *art.* 4., y allí se citará la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *Rec.*, de la qual parece, que puede sacarse una regla para distinguir los términos de prueba, que se han de dar para el punto principal y los artículos, sobre lo que no veo nada prevenido en general. Allí se dice, que para probar las tachas contra testigos no se puede dar mas, que la mitad del término, que fuere dado para la probanza principal. En qualquier incidente, en que se hayan de admitir artículos á prueba, deberá darse el término que prescribe la ley, si la hay, que le prefixe determinadamente, como hemos visto en quanto á los capítulos de lo principal de la causa, y se verá en quanto á tachas: en otros artículos, en que no haya término prefixado por ley, parece regular, que se siga por el juez el estilo del tribunal, si le hay constante y sin variacion: quando no se pueda guiar el magistrado por ley ni estilo parece buen medio, por el espíritu y justicia de la citada ley primera, conceder en los artículos la mitad del término dado, ó que hubiere de darse para la probanza principal, á no ser que por particulares circunstancias de la causa se necesite mayor, sin exceder jamas los límites de las leyes. En estos casos ya se ha visto el *num.* 6., que se re-

cibe la causa á prueba por via de justificacion, y que el término de ésta depende del prudente arbitrio del juez.

13 Hasta aquí he hablado del derecho de Castilla y de Cataluña con separacion, y generalmente en quanto á todas las causas, advirtiendo los plazos de tiempo, que se pueden dar por término de prueba, correspondiendo al juez señalarle segun el estilo del tribunal, y la naturaleza de la causa, ya sea en repartir el tiempo, que da la ley, en tres ó quatro términos, como se ha visto que se hace en algunas partes, ya en dar mas ó ménos dias, usando del arbitrio, que da la legislacion, sin exceder los límites, que fixa la misma ley, y distinguiendo los términos de prueba de la causa principal de los términos de prueba de los artículos, pareciendo que en estos por lo regular corresponde ménos plazo.

Del término de prueba en pleytos de tenuta.

14 Falta ahora decir lo que ocurre en órden á causas particulares del derecho general á todo el reyno. En el decreto, de que hice mencion en el *tít.* 1. *c.* 2. *n.* 53. de 20 de julio de 1750, se mandó, que en el mismo auto, que se provea sobre la administracion y seqüestro en los pleytos de tenuta, se reciba el pleyto á prueba sobre lo principal por los ochenta dias de la ley, que no han de suspenderse ni prorogarse por ningun motivo, y que este auto se ha de notificar de oficio por la Escribanía de Cámara á los interesados en el término de ocho dias sin perjuicio de sus legítimos derechos pena de doscientos ducados al escribano.

en causas de disenso de matrimonio.

15 Ya advertimos en el *tít.* 1. *cap.* 2. *num.* 54., que en el *art.* 9. de la pragmática de 23 de marzo de 1776 está prevenido, que las causas de racional ó irracional disenso de padres, abuelos, pa-

rientes, tutores ó curadores se han de terminar en el preciso término de ocho dias, y por recurso en el perentorio de treinta: y en conseqüencia, al tenor de lo que se ha dicho poco ha de Fontanellá respecto de nuestra constitucion, dentro de los ocho y treinta dias referidos en sus respectivos casos deben las partes hacer sus probanzas, y así se practica.

Todo término de prueba es comun á las partes.

16 Qualquiera término de prueba es comun á ambas partes para probar, *Juic. civ. de la Cur. Fil.* §. 16. *num.* 9.: contestan en esto todos los autores: y en realidad es justo, que, si se da término á uno de los litigantes para justificar lo que quiere ó le conviene, no se niegue esto mismo al otro.

Los testigos pueden declarar fuera del término habiendo jurado en él.

17 Aunque es necesario presentar los testigos en la dilacion, ó en el término de prueba, está recibido, que baste citarlos en él, y tomarles el juramento de decir verdad sobre lo que se les fuere preguntado: pues la declaracion y el exâmen de los testigos puede hacerse fuera del término de la prueba con una especie de retrotraccion del dia de la declaracion al dia del juramento, Cancér de *Testib. num.* 99. y de *Offic. iud. tab. num.* 47. *hasta el* 53.: generalmente en todas partes parece que se practica lo mismo, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 16. *num.* 19.

Quándo y cómo despues del término pueden exâminarse los testigos.

18 Fenecido el término de prueba no se puede presentar probanza ninguna de testigo: solo, habiendo algun motivo particular, como sino hubieren dado los testigos razon de sus dichos, ó hubieren declarado confusamente, segun se dice en el §. 16. del *Juic. civ.* de la *Cur. Filíp. num.* 20., pueden volver á ser exâminados implorándose el oficio del juez. En estos casos al testigo, que vuelve á declarar, debe leérsele la primera declaracion, Fontanella *dec.* 182.

num. 13. y siguientes: dícese allí mismo, estar esta opinion confirmada con inconcusa práctica de nuestra Audiencia así en causa civil, como criminal. Es de grande interes para las partes esta diligencia, porque si varian los testigos, como es fácil en alguna cosa no leyéndoseles toda la deposicion primera, que pueden ya no tener presente, se debilita mucho la fe, que en otra manera se les diera.

ARTÍCULO II.

De la obligacion de declarar la verdad de los hechos los que tienen noticia de ellos, y del modo, con que han de presentarse, y declarar los testigos en el término de prueba.

Objeto de que se trata en este artículo.

1 Los testigos deben distinguirse en hábiles y en inhábiles: de estos algunos lo son absolutamente, y otros con respecto á ciertas causas y personas: de esta division y de la explicacion de cada uno de sus miembros se tratará en la *sec.* 3. del *capit.* 10., en que se verá la calidad de prueba, que resulta de los testigos: ahora solo hablo de ellos con relacion al modo, cón que se presentan por la parte; quedando despues á juicio del magistrado la graduacion de la fe, y prueba, que han de formar en su juicio las declaraciones, bien que tal puede ser la inhabilidad y notoriedad de ella, que ni aun deba el juez permitir que declare el testigo. Esto se podrá entender con lo que diré despues en dicha *seccion*: pues, como este es un caso, que sucede pocas veces, puede oportunamente dexarse esta materia para dicho lugar, siguiendo ahora el órden regular de presentar la parte sus testigos buenos ó malos, habiles ó inhábiles, quedando tiem-

po despues para oponer y justificar las tachas, y hacer reflexîones sobre las que resultan de sus mismos dichos.

De la obligacion de declarar la verdad de los hechos.

2 Lo primero, que debo advertir aquí, es la obligacion, que tiene qualquiera de declarar sobre lo que fuere preguntado en juicio. Por el bien general de la sociedad, y por lo que debemos á nuestros hermanos, es bien claro, que nadie puede exîmirse de contribuir en quanto esté de su parte á la averiguacion de los hechos, que es necesaria para administrar justicia: pues de esto depende la quietud de las familias, la conservacion de sus bienes, y por lo que toca á las causas criminales el honor y la vida de los ciudadanos con la conservacion del estado. De aquí es, que á qualquiera se le puede obligar, á que declare sobre algun artículo relativo á hecho ó cosa, de que es sabidor, de manera, que en la *ley* 21. §. 1. *Dig. de Testib.* ni á los magistrados se les exîme de esta obligacion.

El que se resista á declarar puede ser apremiado.

3 En conseqüencia de ella, si alguno se resiste á declarar, puede ser apremiado con apercibimiento, multa, ó medio semejante por su competente juez, y segun lo que exîga la naturaleza de la causa y la terquedad del que se resista, con cárcel, y aun con prisiones dentro de ella, y en algunas partes con tormento: pero estos apremios fuertes de cárcel, grillos y cadenas no se suelen usar, sino en causas criminales, en las quales se considerará parte de delito la ocultacion de él ó de los hechos, que han de descubrir al reo. Cortiada *decis.* 172. *n.* 36. trae, que en Cataluña para obligar á declarar en causas civiles se apremia á los renitentes con mandamientos y penas pecuniarias, y en las criminales con cárcel, y algunas veces con la mortificacion de

atar al testigo con una cadena. La facultad en el magistrado de usar de apremios pecuniarios y corporales se lee en la *ley 6. tit. 6. lib. 4. Rec.*, y está en todas partes autorizada.

Excepcion de los que estan obligados al secreto.

4 De dicha regla se exceptúan los que estan obligados al secreto: esta excepcion rara vez se verifica en lo relativo á materia civil: en la criminal muchas: y por esto al tratar de este juicio se verá el motivo, en que se funda esta excepcion, y que en algun caso no tiene lugar. Tampoco se precisa á declarar á los ancianos, enfermos, soldados, y á otros, que no pueden cómodamente presentarse al tribunal, ni hay proporcion de ir á ellos el escribano: pues en este caso, yendo á casa de los impedidos el escribano ó el juez, pueden y deben ellos declarar, *ley* 8. *y* 19. *Dig. de Testib.*, *ley* 35. *tit.* 16. *part.* 3.

La obligacion de declarar, es sin gasto ni perjuicio.

5 La obligacion, que tienen todas las personas de declarar, es evidente, que ha de ser sin gravámen ni perjuicio, y que por consiguiente el que presenta los testigos es el que ha de costear los gastos de viage, mantenimiento, pérdida de jornales, y otro qualquier perjuicio, *ley* 3. §. 4. *Dig. de Testib.*, *ley* 11. *Cod. eod.*

Necesidad de la citacion para que declare el testigo.

6 Los testigos deben ser citados por el juez para evitar la nota de voluntarios: por esto solo harian poca fe, trasluciéndose en la misma solicitud de querer declarar por alguno, sin mandárselo el juez, una pasion extraordinaria á favor de aquel, por quien se quiere declarar.

Citacion de las partes para ver jurar á los testigos.

7 Ántes de ir á hacer la declaracion los testigos se cita á los colitigantes para verlos presentar, jurar y conocerlos. Está prevenida, ó se apoya esta diligencia en el *cap.* 2. *de Testibus*, y en la *ley* 23. *tit.* 16. *part.* 3. Acaso se dirigirá esta solicitud á

que en el acto del juramento no se omita ninguna formalidad, ni circunstancia debida, para asegurar la religion del juramento, siendo éste un acto tan substancial, y de tanto interes para las partes, á fin de que estas tengan la satisfaccion de ver, como los testigos prestan el juramento en el modo debido. Puede que tambien se funde esta práctica en la *ley* 47. *Dig. de Re iudic.* arriba citada para prueba, de que no puede hacerse ningun acto substancial de juicio sin intervencion ó audiencia de los colitigantes. Como quiera está ella generalmente autorizada, y se previene en el §. 16. *num.* 17. *Juic. civ.* de la *Cur. Fil.* La misma testifican de Cataluña nuestros autores provinciales, como se puede ver en Peguera *rubrica* 18. de la *Práctica civil num.* 3. *y* 4. y en Ripoll *ibid. num.* 24., bien que éste dice, que en la Real Audiencia de Cataluña no se estila dicha citacion, sino en los tribunales de fuera: y Peguera pone tambien algunas limitaciones.

De qué proviene dicha citacion.

8 Acaso éstas, y la regla de citarse las partes para ver jurar los testigos, provendrá de una variacion del derecho comun ó antiguo: segun éste, como se verá en el *art.* 4., las tachas contra las personas de los testigos no podian oponerse despues de la publicacion de sus dichos; y la citacion podia hacerse con el fin, de que la parte citada conociese las personas y opusiese sus tachas en tiempo oportuno: pues, no mediando dicha citacion, no parece, que quedase proporcion de conocer ántes de la publicacion las personas de los declarantes para exponer y probar sus tachas: y para este fin supone ó dice Paz *Práct. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 56. 57. *y* 58., que se hace la citacion de la parte: dice tambien, que aunque esta tiene en estos tiempos término para alegar y justificar ta-

chas de testigos, como se verá en dicho *art.* 4., si la parte estuviere presente en el lugar del juicio ha de oponer las tachas en el término de prueba. En el dia, como se vé en el mismo lugar, se proponen y justifican despues de la publicacion de probanzas: y de aquí quizá habrá provenido la variedad indicada de tribunales, porque en algunos habrá prevalecido la opinion, de que cesa del todo la causa para la citacion, quedando tiempo despues para oponer las tachas, y en otros no se habrá hecho reflexîon sobre esto, siguiéndose el estilo antiguo.

Los testigos deben declarar delante del juez con alguna excepcion de esta regla.

9 Por lo que toca á la persona, delante de quien se ha de hacer la declaracion por los testigos, está comunmente recibido y autorizado en muchas leyes, que en las causas criminales y civiles árduas se haga delante del mismo juez. En el *Juic. civ. Cur. Fil. num.* 16. §. 17. se dice, que los jueces deben exâminar por sí los testigos en causa civil, quando es de importancia, y que quando no lo es lo puede cometer al escribano, citando la *ley* 27. *tit.* 16. *part.* 3. Esta solo prueba la necesidad de exâminar por sí mismo los testigos el juez. Del *cap.* 5. *y* 75. de la nueva instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788 consta, que en las causas, que sean de alguna gravedad, y en todas, quando el testigo no supiere firmar, las declaraciones y siempre las confesiones de los reos deben tomarse por los mismos jueces, so pena de castigo y nulidad de proceso. Se confirma esto mas con lo que dirémos en el juicio criminal sobre la obligacion de los jueces en órden á tomar por sí las declaraciones de los testigos, y sobre las leyes y razones, en que esto se funda. En el dia, aunque está repetidas veces inculcado con

nuestras leyes, que los mismos jueces reciban por sí las declaraciones de los testigos en las causas civiles árduas, rarísima es la causa civil, que se gradúa por tal, cometiéndose ó entendiéndose ya cometido en todas las causas civiles el exâmen de los testigos á los escribanos en fuerza de lo que se ha dicho. Con esto en las causas civiles, que no son de grande importancia, basta que se presenten los testigos á hacer su declaracion á la casa del escribano. Quando son personas ilustres las que han de declarar va el escribano á la casa del mismo declarante á la hora y tiempo, que él señalare, *ley* 15. *Dig. de Iureiurando*, *ley* 35. *tit.* 16. *part.* 3. En el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 10. *sec.* 6. puede verse, que, quando los oficiales de la armada y exército tengan que declarar en causa civil, han de pasar á sus casas los escribanos.

Delante de quién deben jurar los testigos de fuero privilegiado.

10 Como algunas veces el testigo, que ha de declarar, es de fuero privilegiado, se duda, si el juramento de decir verdad el testigo, debe prestarle delante de su magistrado, ó de él de la causa, ante quien declara. Esta dificultad se nos ofreció en nuestra Universidad, pretendiendo el Corregidor de Cervera D. Juan Antonio Perez, que los que gozan de fuero escolar, y debian declarar en causas pendientes ante él, habian de prestar á él mismo el juramento, escudándose con un decreto de la Audiencia de Cataluña. Nuestro Cancelario D. Francisco Fuertes Piquér representó al Regente de Barcelona, diciendo, que tenia fundamento para creer, que el Corregidor, á cuya instancia se habia ganado el decreto, habria supuesto la práctica y observancia á su favor, siendo así que le era contraria. Á mas de dicha práctica exponia el Cancelario los motivos, que trasladaré aquí, porque contienen

todo lo que hay que decir en esta materia con referencia á todos los testigos de fuero privilegiado. *No solo se apoya*, decia, *esta mi solicitud en estilos y observancias, que á veces autoriza la sola conivencia, sino tambien en el derecho comun, y en las leyes del reyno. Qualquiera testigo con prestar el juramento se sujeta, y hace dependiente del juez, ante quien le presta, como que á éste toca aplicar las penas correspondientes al perjuro en caso de no cumplirse la promesa, que se le hace de decir la verdad: y por este motivo nunca han permitido los sagrados cánones, que aun en las causas civiles jurasen los eclesiásticos ante el juez seglar. Por otra parte parece cierto, que ningun escolar, ni privilegiado debe perder en nada el fuero, de que goza, por declarar delante de un magistrado ordinario, ménos, que sea por falta de respeto y desacato al mismo juez. En conformidad á todo lo que llevo dicho, quando su Real Magestad (que Dios guarde) quiere en algun delito desaforar, no solo los reos, sino tambien los testigos, lo previene expresamente, como se puede ver en algunas leyes, y entre estas en la Real pragmática sobre el uso de armas prohibidas de 26 de abril de 1761, en donde se renueva la absoluta privacion de todo fuero, expresándose literalmente, que no solo se entienda con los reos, sino tambien con los testigos, que fuese necesario exâminar para la justificacion, ó prueba en las causas, en que se trate de la contravencion á dicha ley. Estas y otras excepciones en delitos semejantes prueban, que la regla general es contraria, y que el privilegiado, aunque declare, no pierde en nada su fuero, á excepcion de mandarse expresamente en alguna ley. De lo dicho se justifica tambien la práctica, de que ántes he hablado, y que en ella consiste el medio mas expedito para no quedar perjudicado, ni el privilegiado, que declara, ni la causa pública, que interesa en*

la averiguacion de la verdad por medio de los testigos. Estos quedan tan estrechados en fuerza del juramento, que hicieren delante de su juez, como si le prestasen delante del ordinario; y, si alguno fuese sospechoso de perjuro, no lo será ménos por jurar delante de un magistrado, que de otro. Con el estilo expresado queda corriente y expedita la inquisicion de los hechos, quando, si se mudare, es muy temible, que los privilegiados se hurten y substraygan todo lo que les sea dable de declarar, previendo, que por un acto bueno de decir la verdad deben coger el fruto de perder su fuero, y sujetarse á otro superior, que á el que les da Su Magestad en su carrera. Estoy muy léjos de autorizar á ningun dependiente mio para que se substrayga de declarar en todos los casos, que corresponda: pero no puedo dexar de hacer presente á V. S., que el medio insinuado, sobre ser fundado en ley y práctica, es el que á mi parecer facilita mas el castigo de los delinqüentes, el fenecimiento de todas las causas civiles, y la concurrencia recíproca de todos los magistrados en cooperar á los fines del real servicio con la mayor prontitud y harmonía. Ni parece, que los súbditos del juez ordinario puedan suponerse tratados con falta de correspondencia en haber de jurar delante del juez privilegiado, quando declaran, porque esta es la diferencia, que va de unas personas á otras, que las del estado comun, por la misma razon de no tener fuero ó privilegio particular, son súbditos de todas las jurisdicciones del Rey dentro de los términos, á que alcanza cada una de ellas, al paso que las personas privilegiadas, aunque deben conformarse en lo concerniente á policía con lo que mandan los jueces ordinarios, y respetarlos en todo con la mayor atencion, no son propiamente súbditos, sino de su juez privilegiado, exceptuados los casos de desafuero.

Los militares no pueden declarar sin permiso.

11 En quanto á militares consta del *art.* 10. *tit.* 1. *trat.* 8. *Ord. mil.*, que para declarar delante de otros jueces como testigos debe preceder aviso del comandante natural ménos en caso executivo.

Los testigos deben declarar en tiempo oportuno para ello.

12 Segun el *cap.* 1. *de Testibus*, y el *usage* 1. de nuestras constituciones en el mismo título parece, que los testigos han de hacer su declaracion en ayunas. Esto se estableceria antiguamente, parte por la religion ó respecto al juramento, y parte porque nunca está mas despejada la cabeza, que ántes del desayuno, no guardando muchos la templanza debida en comer y beber: pero la multitud de pleytos, y complicacion de enredos de cada dia ha dispensado en esta obligacion, en que nadie se detiene, bien que algunos autores dicen, que, si puede cómodamente practicarse, se ha de estar á ella: como quiera, que sea, no era para omitida aquí dicha circunstancia, á fin de hacer ver el espíritu de las leyes, dirigidas á procurar en quanto sea posible, que no solo se hagan las declaraciones con verdad y cabal juicio, sino tambien sin asomo de preocupacion, y para que en algunos casos, en que ésta pueda temerse, valga la ley para no tomar declaraciones de testigos en el tiempo inmediato á haber comido, ni en otro, en que se pueda rezelar preocupacion.

Deben prestar juramento de decir verdad.

13 Lo que indispensablemente se exîge de los testigos es el juramento de decir verdad sobre lo que fueren preguntados, *ley* 9. *Cód. de Testib.*, *ley* 24. *tit.* 16. *part.* 3., *ley* 6. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.*, *usage* 2. *de Probas.* Se exîge el juramento, porque es muy estrecha y sagrada su obligacion; y no parece justo el omitirla en una cosa, en que se afianza el juicio, de manera, que ni á los regulares se les exîme de esta obligacion por derecho canónico, *cap.* 39. *y*

51. *de Testibus*: ni se dispensa de ella al que ha jurado no declarar como testigo, *cap.* 18. *de Testib.*

14 Sobre la obligacion de decir verdad, estrechada con el juramento, tienen los testigos la de guardar secreto sobre lo que declaran. Por derecho de Castilla no parece, que se les precise á prestar el juramento de no revelar, y que basta advertírsela y encargarla á los que declaran: pues en el *Juic. civ. de la Cur. Filíp.* §. 17. *num.* 19. y en otros muchos lugares solo se previene, que los testigos se han de exâminar en secreto y separadamente, sin que ninguna persona, ni los otros testigos los oigan; y en la *ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* solo se manda encargar á los testigos, que no digan ni declaren cosa alguna de lo que fueren preguntados, ni de sus dichos, hasta que sea hecha publicacion en la causa: no obstante en la *ley* 24. *tit.* 16. *part.* 3. se previene, que debe jurar el testigo, que no descubrirá su declaracion á ninguna de las partes, hasta que se hubiere hecho publicacion de probanzas. Nuestro Amigánt *decis.* 91. *n.* 3. 7. *y* 8. dice tambien, que los testigos no solo deben jurar, que dirán la verdad de lo que fueren preguntados, sino tambien, que no revelarán sus dichos ó declaraciones ántes que fueren publicadas, especialmente pidiéndolo la parte, y siempre que lo estime conveniente el juez: añade, que así se declaró en nuestra Audiencia, y que muchas veces lo vió practicar. En el dia tampoco en Cataluña se acostumbra exîgir de los testigos el juramento de guardar el secreto: pero esto no quita la obligacion, ni el que penda del arbitrio de los jueces, quando particularmente lo pida la naturaleza, ó circunstancia de la causa, el exîgirle, como sé, que alguna vez lo han hecho los magistrados inteligentes.

Deben guardar secreto.

15 Con lo que se dirá despues, que es efecto de la publicacion de las declaraciones de los testigos el no poderse presentar mas sobre los mismos artículos, ó otros directamente contrarios, y con lo que se ha dicho en el *cap.* 4. *sec.* 3. sobre repreguntas se puede ver la razon del secreto referido: y por otra parte es manifiesto, que ningun modo de jurar puede ser mas conducente, que el de que, procurándose evitar inteligencias de partes y testigos, cada uno sosegadamente, y separado de los otros, diga y declare lo que en verdad y conciencia sepa sobre lo que fuere preguntado. En las causas criminales parece, que estrecha mas, que en las civiles, esta obligacion por el peligro de la fuga del reo, quando se hace el sumario, y por el mayor conato, que debe suponerse en el reo de querer destruir con declaraciones contrarias lo que resulte de los dichos de los testigos presentados contra él.

Sobre el modo con que han de jurar los de diferente religion.

16 El modo de jurar, segun dice el jurisconsulto en la *ley* 5. §. 1. *Dig. de Iureiurando*, ha de ser acomodado á la religion del que jura, aunque sea una supersticion para el juez, ante quien se jura, y por tal se gradúe en las leyes del estado, en que se declara: la razon es óbvia, porque, como el juramento es el nudo, con que se estrecha la obligacion, si no se hace de manera que se dé por estrechado en fuerza de su religion el que jura, seria para él cosa irrisoria, faltándose al fin porque se exîge el juramento: por otra parte se prestaria vanamente. Solo puede haber la duda, de si el juez puede permitir en su presencia un acto supersticioso ó autorizarle en alguna manera: pero esta gravísima dificultad está allanada por los autores: y la práctica del dia es del todo conforme con la teoría de dicha ley y con el estilo de los romanos antiguos. En

las *leyes* 20. *y* 21. *tit.* 11. *part.* 3. se pone la forma, con que deben jurar judíos y moros. Amigánt en la *Compilatio practicalis tit.* 5. §. 9. dice, que los mahometanos juran por Mahoma, trayendo el formulario en las *Animadversiones en segundo lugar n.* 6. *y* 7. Calderó en la *decis.* 7. *num.* 21. 23. *y* 24. *hasta el* 27. habla del modo, con que suelen jurar los moros, judíos y sarracenos, esto es, cada uno segun su ley, y por medio de intérprete, quando no hablan la lengua del pais, en que han de declarar: y, aunque en los dos lugares de los citados autores solo se trata de causas criminales, lo mismo ha de ser en las civiles, no habiéndose hecho jamas en quanto á esta parte diferencia ninguna: del mismo modo me consta, que se practica en estos tiempos en nuestro Consulado de Comercio, en donde ocurren mas que en otros tribunales casos de esta naturaleza.

Del modo con que han de jurar los demas.

17 El modo regular de jurar, dice Hevia en la *Cur. Filíp. Juic. civ.* §. 17. *n.* 18., es poniendo el que jura la mano derecha sobre una señal de cruz, diciendo, que jura á Dios, y á aquella cruz, y á Santa María, y á las palabras de los Santos Evangelios de decir verdad. En Cataluña se jura á Dios y á sus Santos quatro Evangelios decir verdad poniendo la mano derecha sobre una señal de cruz. En la *ley* 5. *tit.* 7. *lib.* 4. *Rec.* se manda, que no se haga ningun juramento en San Vicente de Ávila, ni en el Herrojo de Santa Agueda, ni sobre el altar, ni cuerpo santo, ni sobre las reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra iglesia juradera sopena de perder diez mil maravedis para el fisco al que le pidiere, al que jurare, y al juez, que le mandare hacer. Habria sobre esto abusos: y estos y otros qualesquiera so-

bre el modo de prestar el juramento se han de desterrar, estándose á la práctica referida con las excepciones, que voy á poner.

Como juran los sacerdotes.

18 Los sacerdotes no juran poniendo la mano derecha sobre la cruz: juran sobre su palabra. En muchas partes juran poniéndose la mano derecha sobre el pecho. Así se estila en Cataluña, como se puede ver en Amigánt *Compilatio Practicalis tit.* 5. §. 9. *num.* 8., en donde se dice, que algunos son de parecer, que no tiene esto lugar en las causas graves, y que no se practica por lo mismo en la Inquisicion: pero fuera de este tribunal consta del mismo lugar, que en esta provincia siempre juran de dicho modo. Parece que sacan esto los canonistas del *cap. ult. de Iuram. calumn.* Por lo que toca á Castilla de Salazar en la *Segunda parte del Juic. civ. de su Práctica pag.* 169. *y* 170. consta, que los presbíteros prestan el juramento in *verbo sacerdotis* y por las sagradas órdenes, poniendo la mano derecha sobre su pecho y corona.

Como los caballeros cruzados.

19 Los caballeros cruzados parece del mismo Salazar y de otros, que suelen prestar el juramento tocando y besando la cruz de su hábito. Á los militares se les toma por sus magistrados el juramento en esta forma: *¿Jurais á Dios, y prometeis al Rey, decir verdad sobre este punto, de que os voy á interrogar?* y respondiendo el testigo *sí lo juro*, se le toma su declaracion, *art.* 17. *tit.* 5. *trat.* 8. *Ord. mil.* Del mismo artículo y del 8. *tit.* 6. *trat.* 8. consta, que á los oficiales se les toma su palabra de honor en lugar del juramento, poniendo ellos la mano derecha tendida sobre el puño de su espada. En el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 10. *sec.* 6. *num.* 27. *y* 28. pueden verse varias declaraciones, que confirman lo mismo.

Deben los testigos declarar con palabras afirmativas ó negativas.

20 Por lo que toca al modo, con que ha de expresarse lo que se declara, consta de muchos autores, y muy particularmente de Ciceron en el *capit.* 47. de su *Luculo*, y del *cap.* 9. de la *Oracion pro M. Fonteio*, que los testigos usaban antiguamente en sus declaraciones, aunque fuesen de cosas, que pudiesen testificar por la experiencia de sus sentidos, de las palabras, *juzgo*, *creo*, *me parece*, ú otras semejantes: esto provenia de haber prevalecido en dichos tiempos la opinion de los académicos, cuya principal doctrina era la de que no se podia saber nada de cierto, ni averiguar la verdad de las cosas, limitándose todos los conocimientos á probabilidades falibles: pero, desterrada ya, y condenada esta doctrina por la iglesia, pueden y deben los testigos declarar cierto y verdadero lo que deponen, bien que, si no saben de cierto lo que testifican, no hay embarazo, en que digan, que creen lo que se les hace declarar por las razones, que tuvieren para creerlo, sin poderlo asegurar como cierto, y haciendo entónces su declaracion la fuerza, que correspondiere segun el prudente arbitrio, con el qual, atándose este cabo con los demas del proceso, se ha de formar el juicio.

Los testigos deben expresar su edad, nombre y apellido, profesion y patria.

21 En la declaracion deben expresar los testigos su edad, y generalmente está recibido este uso: él se dirigirá á que conste, que el testigo tiene la edad correspondiente para declarar, y á graduar la prueba, que influia el mayor ó menor número de años, siendo cierto, que estas y semejantes circunstancias las debe pesar el juez por la *ley* 3. *Dig. de Testib.* y otras muchas. Tambien puede haberse introducido para proporcionar al colitigante las excepciones legítimas, que tuviere, haciendo cotejo y combinacion de la edad del declarante con

el tiempo, á que se refieren sus dichos: en esto hay algunas veces muchos cabos, que atar, y varios medios para descubrir bien la inverisimilitud, y aun imposibilidad de lo que se declara con relacion al mismo testigo. Por las mismas razones es justo, que expresen los testigos, como suelen hacerlo, el nombre, el apellido, la profesion y pátria, y si les comprehende alguna de las generalidades de la ley, de lo que se ha hablado en el *cap.* 4. *sec.* 3., previniéndose el exâmen, y averiguacion de las referidas circunstancias en la citada *ley* 3. *Dig. de Testib.* y en la 8. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.*: en el *cap.* 5. *de Testibus* se prescribe tambien determinadamente el juramento de si comprehenden ó no al testigo las generalidades indicadas.

Sobre si los testigos han de dar razon de ciencia.

22 Sobre si los testigos han de dar razon de ciencia de sus dichos suscitan algunas disputas los autores, que, aunque en su modo pertenezcan á la *sec.* 3. del *cap.* 10., en que se tratará de la fuerza y del quilate de prueba, que resulta de las declaraciones, tambien es propia de este lugar, en que se trata del modo, con que han de recibirse las declaraciones de los testigos: pues, á mas de que las partes suelen pedir expresamente, que escribanos, y jueces suplan con su discrecion todo lo conveniente en las preguntas, que se hacen á los testigos, deben ya suplir de oficio los jueces y escribanos todo quanto corresponde para la averiguacion de los hechos. En las causas civiles no veo, que por ley deba dar razon el testigo de ciencia, ni que deba expresar, si sabe lo que declara por haberlo visto, ó por haberlo oido, siendo así que hay tanta diferencia de lo uno á lo otro, como que uno de los primeros dicen comunmente los autores, que vale mas que diez de los segundos. Con todo los

testigos suelen expresar en todas sus deposiciones la razon de ciencia; y es justo que lo hagan, aunque no sea necesario, para que pueda el juez graduar la fuerza de la declaracion y hacer mérito de ella: y no tiene duda, que con razon de ciencia debe hacer el testigo mucha mas fuerza, que si secamente dice *es verdadero este artículo* sin expresar, por qué motivo lo sabe ó declara. Conforme á esto se dice en el *Juic. civ. de la Cur. Fil.* §. 17. *num.* 20., que en las causas civiles no es necesario dár razon de ciencia, aunque quando se da hace mas fuerza la declaracion. Cancér en el *cap. de Testibus* desde el *num.* 19. *hasta el* 22. dice, que quando declaran los testigos sobre cosa perceptible por alguno de los cinco sentidos, no deben dar razon de ciencia, si no se les pregunta: lo mismo parece de la *ley* 26. *tit.* 16. *part.* 3.: creeré que esto sea, por ser óbvia, y por sí misma vista la razon, conviene á saber, porque el testigo por exemplo lo vió, oyó, gustó, tocó ú olió: dice, que quando se trata de cosa dependiente de raciocinio del entendimiento, ó del juicio formado por éste, es menester dar la razon de ciencia para probar: cita la *ley* 4. *Cod. de Testib.*, que con efecto no dexa de probar algo en quanto á que debe darse razon de ciencia por los testigos: pero nada en quanto á la subdivision de cosas relativas á sentidos ó entendimiento. En las causas criminales parece del lugar citado de la *Curia Filípica* y de todos los autores prácticos, que ha de darse razon de ciencia.

23 Lo que diga el testigo, tanto en unas como en otras, se ha de poner por el escribano, sin variar palabra substancial, ni aclarar la declaracion, *ord.* 401. de las de nuestra Audiencia, *ley* 11. *tit.* 22. *lib.* 2. *Rec.*

Los escribanos no pueden variar la deposicion.

Ratificacion de los testigos en su dicho.

24 Para evitar toda equivocacion, como es justo en un punto tan interesante, despues de extendida la declaracion por el escribano está generalmente recibido en todos los estados cultos, y expresamente mandado en la *ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.*, que el escribano vuelva á leer á los testigos la declaracion palabra por palabra; que exprese haberse practicado esta diligencia, y que se afirmó en su dicho el testigo haciéndole firmar la deposicion. Si no sabe escribir debe hacerlo otro por él, dando para esto facultad el declarante, y advirtiéndose esto mismo por el escribano.

Del número de testigos, que se pueden presentar.

25 La facultad, que tiene la parte de presentar testigos, suele ser limitada á cierto número. Dos ó tres testigos forman plena probanza: pero no es del caso estrechar á este número á las partes interesadas, porque con qualquiera tacha ó excepcion, que se opusiere á algun testigo de las muchas, que pueden oponerse, podria debilitarse la prueba: y, como con unos testigos se suple lo que falta en otros del modo, que se explicará en el *cap.* 10. *s.* 3., corresponde dar al litigante arbitrio para presentar mas de dos. Las leyes romanas antiguas daban en esta parte amplísima facultad á los litigantes, segun parece de la *ley* 1. §. *ult. Dig. de Testibus*: y de la misma consta, que posteriormente se mandó, que el juez lo moderase segun las circunstancias y naturaleza de la causa: lo mismo está prevenido por derecho canónico, *cap.* 37. *de Testibus.* Esto era dexar arbitrario un punto, sobre que cada dia pueden ofrecerse muchas dificultades, tanto en lo relativo á gastos, como en lo correspondiente á pertrechar la prueba. En Castilla el número limitado de testigos es de treinta en cada artículo, *ley* 32. *tit.* 20. *lib.* 2. *Rec.*: ántes segun la *ley* 32. *tit.* 16. *part.* 3. pa-

rece que era de doce. En Cataluña por nuestra *const. 1. de Testim.*, confirmada con la *ord.* 401. de las de nuestta Audiencia, no se pueden presentar mas de diez testigos sobre cada artículo. De la *dec.* 361. de Fontanella *n.* 19. *y* 55. parece, que, si en algun caso se presentan mas testigos, no solo no puede hacer mérito el juez de los que excedan dicho número, sino que en opinion de algunos se han de quitar del proceso las deposiciones de los que declaran excediendo el número prefinido por la ley: pero otros, parece de la misma decision, solo adhieren, á que no se haga mérito de dichos testigos, y á que se aperciba ó castigue al escribano. A Fontanella en la *decis.* 361. le contenta mucho el número de diez; pero no da para dicho número ninguna razon particular. Por hablar limitadamente la constitucion de causas civiles, y no ser justo en las criminales estrechar á los fiscales por la vindicta pública, ni á los reos por la defensa, pueden en dichas causas presentarse los testigos sin limitacion de número, Fontanella *decis.* 362. En causas de recusacion de ministros de audiencia, chancillería ó consejo solo pueden presentarse seis testigos por cada pregunta, *ley* 6. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.*

26 Si en el modo de presentarse los testigos se hubiere faltado en alguna formalidad, puede suplirse con justa causa, como puede haberla muchas veces, y instarse, que de nuevo se exâminen en el modo dicho *art.* 1. Si el defecto fué de jurisdiccion en el que preguntó no puede suplirse, Amigánt *decis.* 72.

De quando pueden nuevamente exâminarse los testigos.

ARTÍCULO III.

De la publicacion de probanzas despues que han declarado los testigos.

De la publicacion de testigos, y del término para probar sus tachas.

1 Despues que se han presentado los testigos corresponde, que se publiquen sus declaraciones del mismo modo, que se han recibido, y por consiguiente con expresion de su nombre, apellido, oficio y pátria. Esta publicacion de declaraciones, y de toda la probanza, que se haya hecho en el término de prueba, se manda por el juez á instancia de las partes, ó de alguna de ellas; como se hace en todos los procedimientos judiciales, *ley* 37. *tit.* 16. *part.* 3.; el fin de esta publicacion de probanzas es que puedan gobernarse los litigantes, y usar de su derecho como les convenga, oponiendo las excepciones contra las personas y dichos de los testigos, conocidas ya sus personas, edad, oficio y declaraciones, ó alegar de su derecho. Paz en su *Praxis tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 130. y siguientes dice, que fenecidos los términos de prueba debe uno de los litigantes pedir la publicacion de testigos; que esta solicitud se notifica al colitigante; mandándosele comparecer para ver la publicacion, bastando para esta una citacion, y que, si en el término de la citacion no parece la parte, insta la otra la publicacion acusando la contumacia, y que el juez decreta la publicacion de testigos, expresando que manda hacerla con término de seis dias primeros siguientes, y dar traslado de las probanzas á ambas partes: los seis dias se dan para decir y alegar contra personas y dichos de testigos en conformidad á la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *Rec.* En Cataluña no

es necesario, que el juez haga ó mande la publicacion de testigos, por hacerse ya *ipso iure*, Cancér *de Test. num.* 46. *y* 47.; y por esto solo suelen pedir las partes, y proveer el juez, que sean habidos los testigos por publicados, Peguera *Práct. con las adiciones de* Ripoll *rubrica* 19. al fin.

En las causas de fé no se publica el nombre y apellido del testigo.

2 Del *cap.* 31. *y* 43. de las instrucciones del Santo Oficio de la Inquisicion de Toledo de 1561, que trae Covarrubias en el Apéndice de documentos del libro intitulado *Máxîmas sobre las regalías de fuerza*, parece que en la publicacion de los testigos, que se hace en las causas de fé, se saca el nombre de los declarantes. Esto se ha adoptado por la atrocidad del crimen de la heregía, y para facilitar su averiguacion y castigo, por lo que interesa en ello la religion y el estado.

Sobre si es necesaria la publicacion de testigos.

3 Segun Piclér al *tit.* 20. *lib.* 2. de las Decretales *num.* 46. y otros autores, fundados en el *cap.* 22. *de Sent. et de Re iud.*, parece que no se tiene por acto necesario el de la publicacion de los testigos, no instándole las partes. Con todo generalmente suele estar recibido este derecho con excepcion de algunas causas. En las sumarias no se tiene por necesario, *Cur. Filíp. lib.* 2. *del Comercio terrest. cap.* 15. *num.* 45.

Efecto principal de dicha publicacion.

4 Uno de los efectos de la publicacion de las probanzas es el de que despues de ella no se pueden presentar testigos sobre las mismas preguntas, ni sobre otras directamente contrarias segun el *cap.* 17. 18. 35. *y* 46. *de Testibus* y la *auténtica At qui semel Cod. de Probat.*: está en esto conforme la práctica, que traen todos nuestros autores, y entre estos la *Curia Filípica parte* 5. *Instancia* 2. §. 3. *num.* 3. 4. *y* 5., constando, que ni aun en segunda, ni tercera instancia pueden presentarse testigos sobre dichas pre-

guntas, poniéndose allí tres excepciones, de quando no hubieren sido exâminados los testigos en primera instancia, de quando ambas partes se ofrecen á probar, y de quando hay motivo para la restitucion *in integrum*. No sólo se halla esto apoyado en las decretales citadas, y en la práctica, sino tambien en nuestras leyes, *ord.* 403. de las de la Audiencia de Cataluña, *ley* 37. *tit.* 16. *part.* 3., *ley* 20. *tit.* 22. *lib.* 2., *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. y *ley* 5. *t.* 6. *l.* 4. *Rec.*

En qué se funda dicho efecto.

5 Se fundan estas leyes y decretales, no solo en haber fenecido el término, que para dicho fin de presentar testigos se ha concedido, sino tambien en el peligro del soborno de varias personas, que se procuran ganar con dinero ó favor, para destruir la prueba de qualquier modo, que se pueda, quando ya se vé, que ella resulta de las declaraciones. Aunque las preguntas, que se quieran probar, no sean literalmente las mismas, que las anteriores, sobre que ya se han hecho y publicado probanza de testigos, debe observarse la regla prescrita, si se incluyen debaxo de las primeras *de necessitate probationis et facti*, como dicen, y se puede ver en Cancér *de Testib. num.* 27. *hasta el* 46., en donde se traen algunos exemplos, con que puede gobernarse el que desee mayor instruccion sobre la identidad ó contrariedad, que impida el que se presenten testigos.

Cuidado que debe tenerse en pedir la publicacion de testigos.

6 Todo lo dicho precisa, á que sean cautos los abogados en pedir traslado ó comunicacion de autos despues de tomadas ya las declaraciones de los testigos, ó en pedir dicho traslado sin las declaraciones de los testigos en caso que convenga: pues de otro modo desde el tiempo, que se ven las declaraciones, queda perdido el derecho de presentar testigos sobre las preguntas, de que acabo de hablar.

ARTÍCULO IIII.

Del término para oponer y probar las tachas de los testigos.

1 En el *cap.* 49. *de Testibus* se previene, que contra las personas de los testigos se pueden presentar artículos, que se dicen allí reprobatorios de los probatorios, y que reciprocamente pueden presentarse otros, que reprueben las personas de los reprobatorios, y que de aquí no hay que pasar para no diferirse mas de lo que corresponde la decision del pleyto, y evitar procedimientos, que no tendrian fin: lo mismo, que en el citado *cap.* 49., se lee en la *ley* 37. *tit.* 16. *part.* 3. *Modificacion en quanto á la prueba de tachas de testigos.*

2 Por derecho comun las excepciones contra las personas de los testigos deben oponerse ántes de la publicacion de sus declaraciones: solo con causa particular pueden oponerse despues, Cancér *de Testib. num.* 46. *y* 47.: y está esto expreso en el *cap.* 31. *de Testib.* con excepcion, de quando la noticia de las tachas se hubiese tenido despues de la publicacion, ó ya se hubiere protestado ántes, que se querian oponer: las tachas contra los dichos de los testigos pueden oponerse despues. *Quando pueden oponerse por derecho comun.*

3 Por nuestra *const.* 4. *de Dilacions* unas y otras pueden oponerse un mes despues de dicha publicacion; y esta por la misma *constitucion* se entiende ya hecha *ipso iure* luego que ha fenecido el término de prueba y el mes, que se da para alegar y probar contra las personas y dichos de los testigos: se entiende tambien *ipso iure* hecha la publicacion de las declaraciones de los testigos, que se presenten para probar tachas, por la citada *constitucion*, como *quando por el de Cataluña.*

consta de la misma, y de Cancér *de Testib. numer.* 46. *y* 47.

quándo por el de Castilla.

4 Por derecho de Castilla tambien despues de la publicacion pueden oponerse las táchas contra personas y dichos, dándose para esto seis dias despues que se hizo la publicacion, y notificó á la parte; y en vista de las que se aleguen en dicho tiempo, si han de ser recibidas á prueba, se ha de dar la mitad del término, que fuere dado para la probanza principal, pudiéndole abreviar, pero no alargar el juez, *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *Rec.*

SECCION II.

Del término con relacion á la prueba á vista de ojos.

Del reconocimiento ocular, y en qué él consiste.

1 A continuacion de los términos de prueba con referencia á los testigos hablaré aquí de la prueba á vista de ojos, que se reduce, ó casi toda se funda en testigos, siendo los que se presentan para declarar sobre las preguntas, y los perítos, que hacen relacion por nombramiento de las partes aprobados por el juez, ó por éste nombrados de oficio en los correspondientes casos, los que constituyen la prueba. En nombre de dicha prueba entiendo aquí un acto judicial, en que el juez por sí mismo, por algun comisionado, ó por algunos perítos diputados por el mismo juez para reconocer con vista de ojos la cosa, de que se controvierte, se instruye de su estado de ella en quanto al punto, de que se disputa.

Es muy fundada y privilegiada esta prueba.

2 Este modo de proceder, autorizado en la *ley* 13. *tit.* 14. *part.* 3., le derivan los autores de la *ley* 8. *Dig. Fin. regund.* y de la 32. §. 5. *Dig. de Auro*

et arg. leg., que ciertamente le autorizan, y contienen en esto una equidad tan natural, como que esta prueba es la que se tiene por mas privilegiada, dándose por consiguiente lugar á ella en qualquiera parte del juicio, y aun despues de la conclusion del pleyto, como contestan todos los autores, y lo trae la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 16. *num.* 33. y Fontanella *decisiones* 381. *y* 382. En conseqüencia de tener lugar esta prueba se concede un competente término, para que en él hagan los perítos el reconocimiento debido y declaraciones, y se presenten por las partes los testigos sobre los artículos, que se forman en aquel acto.

Quándo debe darse lugar á ella.

3 Aunque sea muy privilegiada esta prueba dice Fontanella en las decisiones citadas, que se ha de proceder con mucha circunspeccion en concederla, siendo freqüente, que las partes en el tiempo, en que se trata de dar la sentencia, se valgan de este medio, para embarazar con largas la decision del pleyto, y cansar á los litigantes con demoras y gastos excesivos: sienta allí mismo la regla general, de que no se ha de dar lugar á esta prueba, quando hubiere de ser mas lo que se gaste, que el provecho, que se pueda sacar.

4 En la *decis.* 382. *num.* 25. dice el mismo Fontanella, que es rarísimo el caso, en que nuestra Audiencia ha concedido en una causa segunda prueba á vista de ojos, por mas que se haya instado.

Dos modos con que se puede hacer esta prueba.

5 Parece de Fontanella en la decision citada, que puede hacerse esta prueba de dos modos, ó presentándose el juez en el lugar de la disputa, ó algun comisionado suyo, que es lo mismo, dándose facultad á las partes para presentar preguntas y testigos, y hacerse reconocimiento por perítos, ó

enviándose estos solamente para hacer su reconocimiento y relacion, dándose la misma facultad de presentarse testigos sobre los artículos, que contienen el punto de la disputa. El primer medio, dice Fontanella en la *decis.* 382. *num. ult.*, que debiera desterrarse, por ser insoportables los gastos, que se causan compareciendo el juez con toda su audiencia, y poco ó ninguno el provecho, que se saca de presenciar el juez la prueba: pues casi nunca vé el juez el lugar de la qüestion: si le vé no le exâmina, ó no lo entiende, ó no se acuerda despues: y muchas veces sucede por las demoras inevitables de los pleytos, que el juez, que presenció la prueba, no decide despues por ascenso ó por muerte. Dice *ibid.* el citado autor, que lo mejor es que se envien perítos elegidos por las partes, nombrando el juez tercero para el caso de discordia, á fin de que, confiriéndose en el lugar correspondiente, y exâminando lo alegado por las partes, y los testigos, que quieran presentarse para dicho fin sobre algunos artículos con vista del lugar, ó de la cosa, de que se trata, hagan relacion, y expresen su juicio arreglado al arte, que profesan, sobre lo que se les manda ver y reconocer. De este modo quando se necesita de una prueba á vista de ojos se expone por las partes lo que quieren, que se tenga presente por los perítos: y como algunas veces puede guiar mucho á los perítos la declaracion de algunas cosas relativas y conexâs con la principal ó de tiempo anterior, y vestigios de lo pasado, se suelen presentar algunos artículos, en que se comprehenden los hechos indicados, para que declaren sobre ellos los testigos, y los perítos hagan de lo que ellos declaren, cotejado con lo que vean, el mérito que les parezca correspondiente para la relacion.

6 La ventaja de esta prueba ha de consistir principalmente en la oportunidad, de que, siendo por exemplo los que dan el parecer perítos en su arte, y reconociendo la cosa con vista de ojos, pueden dar un dictámen digno de ser seguido por el juez. Estos perítos no tanto se consideran testigos, como jueces, segun dice Fontanella *decis.* 381. *num.* 18. y siguientes: y por esto mismo dice, que cesa en ellos la sospecha del soborno y que pueden hacer relacion de las cosas, sobre que se ha declarado ya despues de haberse publicado las probanzas: pero en realidad no son mas los perítos, que unos testigos calificados, inteligentes en el asunto, y libres de sospecha, que deben siempre valer mucho para con el juez.

Ventajas de esta prueba.

7 Fontanella en el *num.* 26. *y* 27. de la *decision* 382. dice, que los gastos corresponde pagarlos al que pide la prueba; y que la práctica de Cataluña es, que si la otra parte quiere asistir, como puede, se paguen por las dos.

Quién debe pagar los gastos.

8 Con fecha de 21 de octubre de 1771 se publicó un edicto de nuestra Real Audiencia, en el qual se previene, que esta prueba solo puede pedirse en la sala originaria, en que se hallare radicado el pleyto, concediéndose solamente en los casos permitidos por derecho, y quando se conozca, que se pide para averiguar la verdad, y no con el ánimo de diferir el éxîto de la causa; que en caso de concederse exâmine la sala con la mayor madurez, si la prueba se ha de hacer por solos agrimensores ó perítos, si por la gravedad será conveniente, que intervenga uno de los ministros de la misma sala, ú otro comisionado; si deberán asistir ó no los abogados, ó procuradores de las partes, ó solo estas, ó ninguna de ellas; que se pre-

Providencia relativa á esta prueba en Cataluña.

venga en el mismo auto, en que se conceda la prueba, si podrán, ó no darse pedimentos por las partes, presentando artículos, y suministrando pruebas; que en caso de concederse sean las mas precisas y conducentes, y que velará muy particularmente sobre esto la sala; que el juez comisionado, escribanos, y todos los que intervengan en la prueba, solo puedan percibir sus dietas contadas desde el dia, en que salieren de sus domicilios, con arreglo á aranceles, sin permitir, que con motivo de trabajo extraordinario, ó qualquier otro pretexto se les pueda gratificar, ó regalar cosa alguna, aunque sea de comida ó bebida; y que las costas de todo lo que importaren las dietas se presenten á la sala originaria de la causa, para que allí se vean con la mayor escrupulosidad, y para castigar al contraventor en qualquier exceso con la pena del quatro tanto.

Cómo se suele pedir y conceder en dicha provincia.

9 Esta prueba en Cataluña, quando ha de ser presenciada por el magistrado, se suele pedir que se haga en el lugar de la qüestion, y que á este fin sea señalado dia cierto y hora con continuacion de los siguientes: hecho el señalamiento de dia comparece el juez en el lugar con las partes y sus abogados: y estos en el mismo acto exponen lo que les interesa si lo tienen por conveniente, no permitiéndose mas que una réplica á ninguna de las partes, empezando á dar sus razones y artículos la que pidió la prueba: al fin de dichas razones contenidas en artículos ponen las preguntas, sobre que quieren que sean preguntados los expertos: el juez concede dilacion, y que se despache mandamiento á los perítos, como ya lo pide la parte, con la prevencion, de que en caso de discordia nombre el juez de oficio á un tercero: hacen la relacion los perítos;

la entregan al escribano ; no concordando instan las partes el nombramiento y relacion de tercero.

SECCION III.

Del término de prueba con relacion á los instrumentos.

1 Hasta aquí he hablado de testigos : por lo que toca á los instrumentos se puede decir, que el término de prueba, segun el derecho comun, adoptado generalmente, y expreso en el *cap. 9. de Fide instrum.* y nuestra *const. 12. de Dilacions*, es todo el tiempo, que corre desde el principio ó contestacion del pleyto hasta la conclusion en causa, ó *denunciacion*, como nosotros llamamos, puesto que en todo este tiempo pueden presentarse instrumentos, pero no despues sino en el caso, en que la parte hubiere nuevamente adquirido noticia. Entónces, jurándose, que así ha sucedido, se admiten en Cataluña : pero esto se permite solo una vez y no segunda, aunque sea implorando la restitucion *in integrum*, *constit. ult. de Productas de actes*, Cancér de *Instrum. editione n. 9. hasta el 13.*, Fontanella *decis. 181. num. 3. y decis. 370. num. 11.* y siguientes : del mismo lugar consta, que en esto se ha de estar al juramento de la parte, por ser cosa de dificil prueba.

Los instrumentos por derecho comun y de Cataluña pueden presentarse hasta la conclusion del pleyto.

2 En Castilla, aunque por lo dicho en el *cap. 4. sec. 2.* parece, que podria haber dificultad, en que procediese lo mismo por lo que allí se dice sobre esto con relacion á la *ley 1. y 2. tit. 5. lib. 4. Rec.*, con todo haciéndose cargo de esta misma dificultad el grande Covarrubias en el *cap. 20. num. 8. Pract. quaest.* dice, que no obstante dichas leyes

Lo mismo por derecho de Castilla.

está generalmente recibido, que en qualquier estado del pleyto sin juramento ninguno se admita qualquier instrumento, que se presente, hasta la conclusion en causa; que esta práctica es conforme al derecho comun, y á otra ley real que cita; y que sobre esto no puede haber dificultad, sino en admitirlos despues de concluso el pleyto, á que tambien da lugar mediante el juramento de nueva noticia: pero advierte, que sean en esto cautos los jueces por las trampas y calumnias, que suelen cometerse: todo esto es bien conforme con lo referido de Fontanella y de esta provincia.

Aun despues pueden presentarse de dos modos.

3 Despues de concluso el pleyto la regla es de no admitirse instrumentos, sino con la excepcion dicha de nueva noticia: pero de tiempo ya muy antiguo está introducido en nuestra Audiencia, segun se puede ver en Fontanella *decis.* 370. *y* 371., practicándose lo mismo en otras ó en todas, que aun despues de concluso á instancia de la parte se pongan los instrumentos en poder del escribano, para que en el tiempo de la sentencia se haga mérito de ellos: el qual se hace del mismo modo, que si estuviesen los instrumentos en autos, *Práctica* de Peguera adicionada por Ripoll *rubrica* 17. *núm.* 43. al fin. Si se hace mérito de ellos en la sentencia se mandan insertar los instrumentos en autos. Por ser tan privilegiada la prueba, y sumamente sensible, que por no haberse hecho á su tiempo se pierda el derecho, como tambien por ser el objeto principal el amor á la verdad, y la averiguacion de los hechos en qualquiera tiempo, que se descubra, ha parecido bien admitir estos temperamentos, constando de las decisiones citadas de Fontanella, que se trató en su tiempo de variar este estilo, pero que se prosiguió constan-

temente en él, observándose lo mismo en las escrituras privadas, y fundándose en la equidad y autoridad de la Audiencia, que como tribunal supremo de la provincia puede siempre oir á las partes. De esto mismo parece inferirse lo que dice el citado autor en la *decision* 371., que no tiene lugar esta modificacion en los tribunales ordinarios, bien que de la misma decision consta, que no dexaba de practicarse en la Audiencia del Veguér de Barcelona, en cuyo lugar está en nuestros tiempos el corregidor. Obligaria á adoptar este medio el rigor de la constitucion en no permitir, aunque sea con título de restitucion, que se presente sino una vez instrumento despues de concluso el pleyto.

4 Los instrumentos presentados en la demanda deben reproducirse despues de la contestacion del pleyto, ó se ha de decir que se reproducen, ó que se tengan por reproducidos, Cancér de *Editione instrum. num.* 13. La razon de esto será naturalmente, porque ántes de la contestacion no hay propiamente pleyto, como se dixo en el *cap.* 3., y debe lo de ántes mirarse en algun modo como extrajudicial. Por este motivo creeré, y verémos despues, que los testigos en causas criminales se ratifican en plenario.

Los presentados en la demanda deben reproducirse.

5 Los instrumentos pueden presentarse en qualquiera dia á los escribanos de las causas, notándose por estos el dia ó tiempo, en que se presentan, para que no se pasen los términos de las causas, §. 5. del decreto de la *Nueva Planta* de 16 de enero de 1716 de nuestra Audiencia.

Puedan presentarse en qualquiera dia al escribano.

6 Por nuestro derecho al presentarse instrumentos, que comprehenden muchas cosas, debe designarse ó señalarse el lugar, que quiere hacer

Si comprehenden muchas cosas debe ex-

presarse lo que se quiere hacer valer.

valer la parte, como si se trata de todo un proceso ó cosa semejante, no pudiendo el escribano admitir de otro modo semejantes escrituras, *constit.* 1. *de Productas de actes*: esto ya parece correspondiente por derecho comun, Cancér de *Instrum. editione num.* 7. *y* 8. Y, como el que presenta algun instrumento, con este solo acto parece aprobarle, aconsejan tambien los autores prácticos, que no se presenten mas, que los capítulos favorables, ó que se proteste en quanto á lo demas, Cancér de *Instrum. editione num.* 3. *hasta el* 7.

SECCION IIII.

Del término de prueba con relacion á las respuestas personales.

En qualquiera parte del juicio pueden exigirse respuestas personales.

1. Las respuestas personales no solo se piden sobre los artículos ó preguntas de prueba en el modo, que se ha dicho en la *sec.* 3. *c.* 4., á la qual me refiero, sino tambien sobre los pedimentos ó peticiones, que se presenten en qualquiera parte de la causa, aun despues de conclusa, Peguera en su *Práctica rúbrica* 13. con las adiciones de Ripoll, Fontanella *decision* 371. *num.* 16. *y* 17. Tristany *decis.* 26. *num.* 12.; lo mismo se puede ver en la *ley* 1. *tit.* 2. *part.* 3. y en la 2. *tit.* 12. *part.* 3.

SECCION V.

Del término de prueba con relacion al juramento.

1 Al hablar de la calidad de las pruebas verémos, que algunas veces por falta de ellas es preciso recurrir al juramento: del qual, y de sus diferentes especies se tratará largamente en el *cap.* 10. *sec.* 6. Aquí solo corresponde decir, que segun la *ley* 12. *Cod. de Reb. cred.* en qualquier estado, en que se halla la causa, ya sea en el principio, ya en el medio, ya en la vista del pleyto, y punto de dar la sentencia, tiene lugar esta especie de prueba: y es ciertamente justo por las ventajas, que de ella resultan: de esta materia se tratará largamente en dicho lugar. El juramento, que se llama supletorio, corresponde despues de publicadas las declaraciones de los testigos ántes de la conclusion en causa, Heineccio *Sylloge* 1. *Opuscul. exercit.* 17. §. 29., Cancér de *Juramento num.* 10. *hasta el* 15. Lo propio parece que debe decirse del juramento purgatorio y del *in litem.* De toda esta especie de juramentos se hablará tambien en la seccion citada.

En qualquiera parte del juicio puede hacerse uso de la prueba del juramento.

CAPÍTULO VIII.

De los alegatos de bien probado, de la conclusion en causa, y del señalamiento de dia para la sentencia.

1 Siguiendo el hilo del juicio, despues de haberse dado los términos correspondientes de prueba, y presentado por las partes todas las probanzas, que tienen para fundar en ellas sus acciones ó excepciones, se da traslado al actor, para que

De los escritos de bien probado, y de quándo y cómo se pide la

conclusion del pleyto.

pueda poner el escrito de bien probado : de éste se da traslado al reo, para que ponga el suyo, del qual se da otra vez traslado al actor para replicar lo que tenga por conveniente: recíprocamente hay otro traslado á favor del reo ; y estos son los dos escritos, que únicamente se permiten segun lo dicho *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 21. despues á instancia de las partes se concluye el pleyto.

2 En la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 16. *num.* 31. se dice: *pasados todos los términos una de las partes pide, que se haya la causa por conclusa, de que se manda dar traslado á la otra parte, y con lo que dixere ó no á la primera audiencia, acusándole en ella la rebeldía, no respondiendo se ha de haber el pleyto por concluso*: cita la *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *Rec.* De esta y de Paz *Prax.tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 10. *num.* 4. consta, que, aunque las partes no pidan la conclusion en causa, procede esta *ipso iure* en los casos y forma, que allí se puede ver. Lo regular es, que el juez á instancia de las partes ó de alguna de ellas suele hacer la provision, de que ha el pleyto por concluso para definitiva, y manda citar á las partes para ver y oir sentencia á la primera audiencia, Paz *in Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 10. *num.* 7.: pero tambien es regular, y autorizado en la ley citada el modo, que dice la *Curia Filípica.*

3 Peguera en el *cap.* 32. del *tom.* 2. *de Decisiones num.* 3. dice, que de tres modos puede concluirse en causa: el uno por convenio de las partes, renunciando estas á los términos probatorios: el otro, feneciéndo el término, que hay prefinido para ello: y el otro, pronunciando el juez, que está concluso en causa.

La conclusion del pleyto se

4 De nuestro Fontanella en la *decis.* 370. *numer.* 1. y de otros muchos consta, que lo que llama-

mos comunmente en Cataluña denunciacion es la conclusion en causa. Antiguamente en nuestra Audiencia el relator de la causa, al hallarse ésta substanciada, y en estado de fallarse la sentencia, debia dar cuenta de esto mismo, ó *denunciarlo*, como decian, al Presidente de la Sala: éste mandaba escribir el dia, en que se hacia esto presente en un libro, para que pudiesen expedirse despues las causas segun el órden y antigüedad, con que se habian denunciado. Despues quisiéron las constituciones, que la denunciacion se escribiese por mano del relator de la causa, que era un ministro, en los mismos procesos, *const.* 1. y siguientes de *Denunciació de procés*: del tribunal de la Audiencia pasó la denunciacion á los otros tribunales, tomándose el nombre de *denunciacion* por conclusion en causa, y en la *constitucion* 17. *de Evocacions de causas* se mandó, que en todos los tribunales ordinarios se hiciesen provisiones de denunciaciones, expresándose, que estas equivalen á la conclusion en causa, y que en todos los trámites del juicio se conformasen todos los magistrados ordinarios con la Real Audiencia. Consta lo dicho de Fontanella en la decision citada *n.* 2. *hasta el* 6., conviniendo este autor, en que no se habló con la propiedad, que se debia en en la citada *constitucion* 17., llamándose *denunciacion* lo que debia decirse *conclusion*. *llama en Cataluña denunciacion, y por qué.*

5 La conclusion en causa es un acto judicial, con que se da por terminado el pleyto con el efecto, de no poderse presentar por las partes mas probanzas de sus pretensiones: y es de substancia del juicio ordinario, como se puede ver en el §. 16. *Juic. civ. Cur. Fil.*, en Paz en el lugar citado, y en leyes de la Recopilacion, que en dichos lugares se citan. *La conclusion es acto substancial, y en qué consiste.*

La conclusion excluye para despues las probanzas.

6 Este acto substancial de la conclusion en causa en el juicio civil ordinario obra el efecto, de que despues de él no se pueden presentar probanzas, como consta del *cap.* 5. *de Caus. posses.*, del *cap.* 9. *de Fide instrum.*, de la *const. ult. de Dilacions*, y de la misma naturaleza del acto, por la renuncia tácita ó expresa de las partes, ó por la fuerza del decreto del juez. De Fontanella en la *decis.* 370. *num.* 9. *hasta el* 11. consta tambien, que despues de concluso el pleyto solo se puede presentar pedimento, pidiendo señalamiento de dia para la sentencia.

Excepcion en quanto á instrumentos, de que se adquiere nueva noticia.

7 De la regla dicha solo hay las excepciones de poderse presentar los instrumentos, ó qualquier especie de escrituras mediante juramento de haberse adquirido de nuevo la noticia de ellas, y de poderse poner en poder del escribano para hacerse mérito de ellas en el modo, que se ha dicho en la *sec.* 3. *cap.* 7.

No se admite dicha excepcion para presentar testigos.

8 Se ha dudado, si por nueva noticia de hechos ó de testigos pueden estos presentarse despues de la conclusion en causa: pero generalmente parece, que ha prevalecido la opinion de excluirlos por temor de soborno. Fontanella en la *decis.* 370. *numer.* 19. *y* 20. dice, que se tentó algunas veces en nuestra Audiencia, y que nunca pudo conseguirse.

La conclusion no excluye probanzas en algunas causas.

9 Otras limitaciones de la regla deben ponerse, como la de permitirse pruebas despues de la conclusion en las causas, en que no pasa la sentencia en cosa juzgada, como quando se trata de la nulidad y subsistencia del matrimonio, *cap.* 7. *y* 11. *de Sententia et re judicata*, y en las causas criminales, como se verá en su lugar. En unas y otras se ha establecido justamente, por lo que debe prevalecer la inocencia de los reos, y el valor y la

fuerza del sacramento, que siempre, que se averigue ó pueda averiguar la verdad, ceda á ésta la presuncion de la ley, y á todos los demas respectos, que tuviéron presentes los legisladores, para prohibir que se presenten probanzas despues de concluso el pleyto.

10. Por medio de la restitucion *in integrum*, por la instancia de que con vista de ojos se exâmine lo que se disputa, por el juramento, y por confesion de la parte puede suceder algunas veces, que aun despues de la conclusion se dé lugar á probanzas, como puede verse en diferentes autores, y entre estos en Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 10. *num.* 10. y siguientes, y en estas mismas instituciones con lo que se dice sobre prueba á vista de ojos en la *sec.* 2. *cap.* 7., sobre juramento en la *sec.* 5. *ibid.*, y sobre respuestas personales en la *sec.* 4. *ibid.*

En todas pueden admitirse probanzas con algunos títulos.

11. Por la *ley* 4. *Cod. de Temp. apel.* es claro tambien, que la conclusion en causa no impide el que se presenten despues de ella pruebas, quando se conoce de la misma por apelacion: entónces ya es una nueva causa y juicio, aunque con respeto á la cosa, de que se litiga, puede decirse, que es una misma.

En la instancia de apelacion se pueden hacer nuevas probanzas.

12. La prohibicion de hacer probanzas, que lleva consigo la conclusion del pleyto, no impide, que despues de ella hagan y expliquen las partes sus reflexîones sobre el derecho que resulta. Esto es claro, y lo previene Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 10. *num.* 8.

De los escritos de bien probado.

13. Concluso el pleyto en los tribunales colegiados se mandan pasar los autos al relator para que forme el apuntamiento: en quanto á éste siempre que hay instancia de parte se manda hacer co-

Del apuntamiento y cotejo.

tejo; pasándose á los respectivos abogados el apuntamiento despues que está bosquejado y los autos, para que, añadiendo ó quitando lo que respectivamente se pretenda en el dia del cotejo, se convengan las partes en que lo que incluye el apuntamiento es lo que corresponde y resulta de autos, para que en vista y con relacion á ello decida el tribunal. Por esto se llama el apuntamiento hecho de este modo memorial ajustado, y relacion concertada de las partes y sus abogados en la *ley 29. tit. 5. lib. 2. Rec.*

Del señalamiento de dia para la sentencia.

14 Formado el apuntamiento con cotejo ó sin él se puede pedir por alguna de las partes señalamiento de dia para la vista y sentencia: se hace dicho señalamiento, teniéndose este acto por substancial en todos los pleytos, Cortiada *decis.* 24. *num.* 175. *y* 176. En muchos tribunales colegiados, hallándose informados los ministros por el relator de la naturaleza y circunstancias de la causa, se señala uno, dos ó mas dias, ó algunos determinadamente y los siguientes en general.

15 En esta provincia suele señalarse el tercer dia próximo jurídico al del decreto, con que se señala y con continuacion de los siguientes: esto último suele ponerse para evitar las dificultades, que por algunos se han suscitado, sobre si señalándose un dia para la sentencia es esta nula haciéndose en otro. Se hace en esta provincia de dicho modo, y sin rezelo de nulidad, como en otras partes, por práctica inconcusa, Cortiada *decis.* 24. *num.* 177. *y* 178., Fontanella *decis.* 370. *n.* 12. Segun éste *ibid.* la notificacion, que se hace á la parte del señalamiento de dia para la sentencia, equivale á la citacion en esta provincia.

Citacion de

16 Se citan las partes para la vista y senten-

cia: y en los tribunales colegiados acostumbran asistir los abogados de los litigantes, y estos tambien para explicar de viva voz lo que tienen por conveniente, excusándose esto, quando en la misma vista, para que estan citadas las partes, se pide permiso para escribir en derecho, como se puede pedir, y se verá en el *capítulo* siguiente. En los tribunales ordinarios se suele señalar dia para la sentencia citadas las partes; y estas, desde que lo estan, pueden por sí ó por sus abogados presentarse al juez, y hablar ó exponer de viva voz lo que tengan por conveniente. En la *ley* 6. *tit.* 9. *lib.* 4. *Rec.* y en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 18. *num.* 3. se dice, que los jueces inferiores no pueden tener relatores; que han de ver los procesos por sí, y no por relacion de escribano sino estando presentes las partes.

las partes para la vista y sentencia.

CAPÍTULO VIIII.

De los alegatos ó informaciones en derecho, informes, memorial ajustado, dudas, y de quando debe proferirse la sentencia.

1 Parece que despues de presentados los dos escritos arriba referidos por las partes, y señalado el dia para la sentencia, no hay mas que proferirla: y, aunque esto se verifique en la mayor parte de las causas, no dexan de quedar algunas, en que todavía hay otras diligencias, que practicar, como la de escribir en derecho, informar los abogados, y dar dudas los jueces.

2 En algunas causas de grave dificultad y monta suele concederse, especialmente en los tribunales superiores de audiencias, chancillerías y con-

Quándo y cómo se da permiso para es-

cribir en derecho.

sejos pidiéndolo las partes, ó alguna de ellas, despues de visto el pleyto, ó al tiempo de verse, que por sus abogados se formen alegatos ó informaciones en derecho, que suelen comunmente imprimirse, para manifestar cada litigante, no solo los hechos, sino tambien las leyes, en que se fundan sus pretensiones con las doctrinas y opiniones de los autores, que las favorecen. Esto último no suele permitirse en los autos, porque se abusaria; y cada escrito, si se introduxese esta prolixidad, se transformaria en un grueso volúmen. Aun quando se da lugar á la formacion de estos alegatos está mandado, que no excedan de veinte hojas la primera, y de doce la segunda, *ord.* 334. de las de nuestra Audiencia, y *ley* 34. *tit.* 16. *lib.* 2. *Rec.*

3 Solo han de permitirse estas informaciones en derecho, quando á los jueces les pareciese ser necesarias, *ley* 29. *tit.* 5., *ley* 34. *tit.* 16. *l.* 2. *Rec.* El relator de la causa suele certificar con su firma, que lo relativo al hecho, que se expone en los alegatos, está conforme con los autos, para precaver equivocaciones, y la confusion y perjuicios, que podria causar la discrepancia en los hechos. En las Audiencias reales se han de dar las informaciones en derecho á los jueces dentro de treinta dias de visto el pleyto, y dentro de tres meses despues debe determinarse, *ley* 29. *al fin tit.* 5. *lib.* 2. *Rec.*, *ord.* 142 de las de nuestra Audiencia: en el Consejo se han de dar dentro de dos meses, y dentro de otros dos se ha de votar el pleyto, *ley* 34. *tit.* 4. *lib.* 2. *Rec.*

De las dudas, que se proponian en otros tiempos.

4 Por la *const.* 1. y siguientes *dels Duptes* parece, que despues de presentados los alegatos en derecho debian los jueces, pidiéndolo las partes en las causas mayores de quatrocientas libras, dar dudas, esto es señalar, qué dudas resultaban en el

pleyto, ó las dificultades principales, que se ofrecian para decidir, á fin de que las partes expusiesen lo que tuviesen por conveniente, y procurasen satisfacer á las dudas propuestas, avocándose todo el conato á lo que debe principalmente ocupar su atencion. Trata de esta materia Fontanella en la *dec.* 461. diciendo, que rarísima vez en una causa, aunque se tratase de diferentes vistas de ella, se daban dudas dos veces; y que nunca podian darse quando se trataba de sentencias interlocutorias. No solo á peticion de partes se acostumbraba dar dudas en esta provincia, sino tambien de oficio por el mismo juez, quando le parecia digno de esto el asunto, y señaladamente, quando se veia olvidado por las partes ó abogados algun punto esencial para la decision, conociendo que de no haberse reflexîonado sobre alguna circunstancia iba á perderse la causa por falta de no haber justificado algun extremo el que debiera ganarla. En el dia nunca, ó rarísima vez se dan dudas, y en todo caso solamente de oficio, quando el juez no tiene el conocimiento y justificaciones, que parece debiera tener, y no se halla pertrechada del modo, que debiera, la causa, viniendo á ser esto una cosa semejante á lo que llamaban los romanos *ampliare* y el *non liquet* de la fórmula, de que hay muchos vestigios en las leyes del Digesto, y entre estas en la 36. *Dig. de Re iudicata.* En la *ord.* 144 de las de nuestra Audiencia se previene, que las salas den y formen dudas, siendo conformes á derecho, bien que en la márgen de dicha ordenanza se lee la *nota*, de que la intencion de ella es la misma, que la de la *ley* 29. *tit.* 5. *lib.* 2. *Rec.*, que habla de informaciones en derecho y memoriales ajustados, á la qual se hace relacion, para que se vea con la

ley 33. *tit.* 4. *lib.* 2. *Rec.*, y muy prncipalmente con una cédula de 12 de abril de 1511 en las ordenanzas de Granada *lib.* 2. *tit.* 3. *num.* 17.

Del tiempo en que debe proferirse la sentencia.

5 Solo falta hablar ahora del tiempo de proferir la sentencia. En la *ley* 1. *t.* 17. *l.* 4. *Rec.* se manda, que desde que fueren las razones cerradas en el pleyto para dar sentencia interlocutoria ó definitiva el juez debe dar y pronunciar á pedimento de parte la sentencia interlocutoria hasta seis dias, y la definitiva hasta veinte: y en los tribunales superiores, en que quando se permiten alegatos en derecho, deben darse dentro de treinta dias despues de visto el pleyto, como dixe, con las que se hubieren en dicho término dado ó sin ellas han de determinar las salas, ó los jueces dentro de otros tres meses, *ley* 29. *al fin tit.* 5. *lib.* 2. *Rec.*: y sobre este punto del tiempo de proferir la sentencia puede tenerse presente lo que se ha dicho en el *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 21. *y* 22. sobre que despues de los dos escritos de cada una de las partes debe proferirse la sentencia.

CAPÍTULO X.

De las probanzas, y de la graduacion de prueba, que de ellas resulta.

SECCION I.

De dichas probanzas, y de la graduacion de prueba en general, y de las personas, á quienes corresponde probar los hechos.

1 Explicados ya los términos, que se dan en los juicios, para probar cada uno de los litigantes sus respectivas pretensiones, y seguidos los trámites del juicio civil hasta el punto de proferir la sentencia, cómo ésta debe fundarse en las probanzas y en el mérito y calidad de ellas, ántes de hablar de las sentencias trataré aquí oportunamente de las probanzas, de su calidad, mérito, quilate, y cotejo de unas con otras: materia, en que debe estar perfectamente instruido el juez ántes de proferir su sentencia. *Razon de tratarse aquí de lo dicho.*

2 En nombre de probanza ó prueba entiendo la justificacion jurídica de los hechos, en que fundan su derecho las partes, hecha del modo, que tienen arreglado las leyes, para averiguar y certificar la verdad de las cosas: *ad fidem rei gestae faciendam ley* 11. *Dig. de Testibus.* Hablo determinadamente de los hechos, porque el derecho debe ya saberle el juez: por consiguiente no ha de probarle la parte. Solo quando se trata de alguna costumbre, que puede ser ignorada del juez por la distancia del lugar, en que reside, puede como es manifiesto por sí, y consta de la *ley* 1. *Cod. Quae* *Qué es lo que se entiende en nombre de prueba.*

sit longa consuetudo, tener lugar la prueba de este derecho, que ya es tambien del hecho ó de los actos, que forman la costumbre.

Se defiende la division de prueba en plena y semiplena.

3 Dicha prueba se divide en plena y semiplena. Heineccio en una doctísima disertacion de *Lubricitate iurisiurandi suppletorii*, que es la 17. de la *Syloge* 1., defiende con vigor, que esta division fué introducida por los abogados con poca inteligencia del derecho romano, suponiéndola en este del todo desconocida, y que la prueba, que no es perfecta ni plena, segun las leyes de Justiniano no debe valer, ni estimarse en nada: de manera que así como no hay medio entre testamento perfecto é imperfecto en quanto al valor, que, ó debe tenerle para todo, ó para nada, tampoco debe haberle entre prueba plena y ninguna. Segun el derecho romano, dice, que no llegando la prueba á plena, debe estarse al axîoma fundado en la *ley* 4. *Cod. de Edendo* de absolver al reo: *actore non probante reus absolvitur*. Son muy graves los argumentos, y no ménos los autores, en que apoya su opinion aquel docto y crítico jurisconsulto: pero tambien lo son los de la contraria. Vinio en el *lib.* 1. *cap.* 44. *Select. quaest.* trata muy bien de esta materia, fundando su dictámen contrario á el de Heineccio en varias reflexîones y leyes, y señaladamente en la *ley* 31. *Dig. de Iureiur.* y en la 3. *Cod. de Reb. cred.* Para mí no tiene duda, que quando no sea cierta la opinion de Vinio, y de otros autores, que le siguen, y precediéron ya en establecer la division controvertida, es muy plausible, no siendo de admirar, que haya sido autorizada en la práctica, como nacida de la teórica: y oxalá no hubiese cosas de estilo y práctica, ménos resistidas por las leyes romanas, de que se suponen originadas, siéndolo únicamente del error y falta

de crítica en el estudio del derecho romano.

4 Sea de esto lo que fuere, está generalmente recibido en nuestros tiempos, como ya confiesa Heineccio, que se dé algun valor á la prueba semiplena, haciéndose mérito de ella para algunos efectos, como se expresará despues, y reconociéndose medio, en quanto á la absolucion ó condena del reo, entre plena y ninguna prueba. Por este motivo me desentiendo de deslindar aquí la referida qüestion, bastando el remitirme al título del juramento supletorio, y á los dos expresados autores, en donde hallará qualquiera perfectamente tratada por una y otra parte la materia. Supuesta ya conforme con la jurisprudencia de nuestros tiempos, quando no lo sea con la de los romanos, la division de la prueba en plena y semiplena, averiguemos en qué consiste cada una de las dos, y quáles sean sus efectos.

En qué consiste la plena prueba.

5 Plena prueba es la justificacion, que hace plena fe al juez, dexándole obligado á arreglar al tenor de ella la sentencia: pero esto mismo necesita de explicacion, porque sin ella no podemos saber, como debe arreglarse la sentencia á la prueba, y quando ésta hace plena fe al que ha de decidir la causa. No es fácil dar en esto una definicion, como en otras muchas materias de jurisprudencia, siendo en nuestra ciencia arriesgada toda definicion, segun dice el jurisconsulto en la *ley* 202. *Dig. de Reg. iur.*: y aun en la *ley* 3. §. 2. *Dig. de Testibus* se dice determinadamente en quanto á este asunto, que no hay medio, para poder definir, qué pruebas bastan para justificar los hechos, dependiendo esto algunas veces del número de los testigos, otras de la calidad y dignidad de sus personas, y otras de la fama. Pero para regular el

arbitrio del juez, de quien depende esto, como parece del mismo §. 2., juzgo que puede darse esta regla. Debe hacer plena fe al juez, ó convencerle plenamente la prueba de dos testigos de vista, contestes, sin tacha ó excepcion, y todo lo que equivalga á la declaracion expresada de los dos conformes.

Por qué dos testigos la hacen y forman certidumbre moral.

6 En la ley antigua, segun consta del *Deuteronomio* en el *cap.* 17. *vers.* 6., estaba escrito: *nemo occidatur, uno contra se dicente testimonium*, y se necesitaba para la pena de muerte de dos testigos: *in ore duorum aut trium testium peribit qui interficietur*, *ibid.* Esta ley no fué puramente judicial, que cesase con la venida del Mesías, y publicacion del Evangelio, sino moral, y expresamente aprobada en la nueva ley por Jesu Christo nuestro Redentor, como se puede ver en el *cap.* 18. *vers.* 19. de S. Mateo y en el 8. *vers.* 17. de S. Juan Está igualmente aprobado esto mismo en el *cap.* 23. *de Testibus* y en el *can.* 1. *caus.* 2. *quaest.* 5., fundándose por otra parte en el derecho natural. Segun éste, para quitar la vida al reo negativo se necesita de mas peso en la balanza, que el de un testigo, en quien mas fácilmente puede concurrir pasion ó engaño, que en dos, como dice sábiamente el P. Marquez en su *Gobernador Christiano lib.* 1. *cap.* 12. §. 2. Pero aun declara mas la necesidad de dos testigos por derecho natural la reflexîon de Montesquieu en el *libro* 12. *c.* 13. *de l' Esprit des loix*: en donde viene á decir, que, miéntras el reo persiste negativo, está el peso de la causa ó de sus pruebas como equilibrado con la negacion del reo y afirmacion contraria del acreedor ó acusador, y que, añadiéndose á éste otro declarante, cae entónces la balanza de la justicia. Puede tambien servir la reflexîon

de la dificultad, que hay, en que dos testigos sin tacha, ni excepcion, exâminados separadamente, puedan convenir en la relacion de las circunstancias, que acompañan el hecho, ó el delito, siendo únicamente la verdad la que puede hacerlos uniformes en sus declaraciones, y de la necesidad, que hay de valerse de estos medios en los juicios. La declaracion de dos testigos contestes y sin tacha basta para formar una moral certeza de los hechos, que es lo mas que puede darse, ó esperarse, no pudiéndonos gobernar en esta materia por certeza física ni metafísica.

Explicacion de tres certezas, metafísica, física y moral.

7 Tres especies distinguen los filósofos de certeza, metafísica, física y moral. La primera tiene por objeto ó motivo la absoluta é invariable esencia de la cosa, de manera, que ni por milagro pueda dexar de ser, como la certeza de que el todo es mayor que la parte: la segunda tiene por objeto ó motivo el estado natural de la cosa, que sin milagro no puede variarse, como la de que el sol nos alumbrará hoy, lo que puede dexar de ser, variando Dios sus leyes de naturaleza, eclipsando los rayos de la luz con la interposicion de otro cuerpo, ó de qualquier otro modo: la tercera tiene por objeto ó motivo las costumbres, ó el testimonio de los hombres, como la certeza de que hay una ciudad llamada Roma; que ha sucedido algun hecho, que atestiguan muchos hombres fidedignos, que le han visto ú oido á los otros, que le viéron. Como las costumbres de los hombres son por su naturaleza de modo que no mienten, quando no hay motivo ó aliciente, que les mueva á ello, no puede dexar de afianzar esto el juicio, y se llama la conviccion y certeza, que de esto resulta, moral, tomando el nombre con etimología latina de las cos-

tumbres, en que se funda. La certeza moral puede definirse un firme é inconcuso asenso del entendimiento á alguna verdad histórica ó hecho, que afirman testigos ó historiadores fidedignos.

La certeza moral convence tanto como la física y metafísica.

8 Á pesar de algunos esfuerzos, que han hecho varios impios con el pretendido nombre de filósofos para destruir ó debilitar la fuerza de la certidumbre moral, no se puede dudar de ella, ni de que en algunas cosas, en que no cabe por la naturaleza de ellas certeza física ó metafísica, llega al grado de convencer, y afianzar el entendimiento, á que alcanza la misma certidumbre física y metafísica. ¿No es tan cierto, que ha habido romanos en el mundo, como que el todo es mayor que la parte? ¿es posible segun el órden natural de las cosas y naturaleza y costumbre de los hombres, que tantos testigos graves hubiesen contado y trasladado á la posteridad la victoria de César en Farsalia sin contradecirlo nadie, si no fuese verdadera? cada cosa tiene su direccion, sus reglas, su fin, y su esfera, de que no ha de salir. La certeza metafísica, física y moral han de tener cada una la suya, debiendo servir cada cosa para lo que ha ordenado Dios. Y esto se vé aun mas perceptible en los sentidos, en que quieren fundarlo todo algunos inconsiderados. Seria inepcia ó fatuidad negar el sonido, porque no se vé, el color porque no se oye, ó el sol y las estrellas, porque no se tocan, y no por otra razon que la indicada: pues así como un sentido no puede dexar de convencer el entendimiento, aunque el otro en nada coopere, del mismo modo la autoridad humana, fundada en el testimonio de hombres fidedignos, no puede dexar de obrar el mismo efecto, aunque en esto no hagan nada los demas sentidos, porque esto no

es de su esfera: y Dios lo ha ordenado así, dexándonos á nosotros tan sosegado y quieto el ánimo el testimonio grave y fundado en las costumbres en el modo dicho, como los sentidos en las cosas relativas á la certeza física y metafísica.

Los prejuicios en nada debilitan la certeza moral.

9 Si ha habido prejuicios, credulidad, errores y fanatismos en punto de la narracion y creencia de hechos, nada de esto obsta á la certeza moral: pues lo mismo se ha visto y se vé, que sucede muchas veces en quanto á los sentidos: y por esto, dexando para otros las reglas y prevenciones, que dan los críticos para asegurar la verdad y certidumbre de los hechos dependientes de los sentidos, por lo que toca á la moral, que es aquí mi principal objeto, se advierten por los mismos las condiciones, que han de tener los testigos, para que de sus declaraciones ó testimonios resulte de dicha certeza, como son la del competente número segun la naturaleza de la cosa, la inteligencia sobre lo que se declara, la gravedad, equidad y rectitud sin tacha, la constancia y coherencia en sus dichos y en los de los otros, la posibilidad y que sea perceptible lo que se declara.

Dos testigos forman certidumbre moral ó suma probabilidad con plena prueba.

10 Sentado esto me parece, que la fuerza de la plena prueba de los dos testigos, de que tratamos, se habrá fundado en la moral certidumbre, que algunos llegan á conceder á un solo testigo quando es gravísimo y de suma autoridad, que asegure haber visto con sus ojos lo que refiere ó atestigua. Si á alguno parece, que ni el testimonio de uno, ni de dos testigos de vista y sin excepcion llega á formar moral certeza, es cierto que forma una suma probabilidad, á que es justo dar asenso el juez para arreglar la sentencia. En todas las naciones está generalmente recibido, que haga ple-

na prueba la declaracion de dos testigos: y esta es la que se halla ya calificada y autorizada en la jurisprudencia romana segun la *ley* 12. *Dig. de Testibus* y lo demas, que he dicho con relacion á Heineccio. *Dos testigos mayores de toda excepcion*, dice Hevia Bolaños en la *Curia Filípica Juic. crimin.* §. 15. *num.* 11., *deponiendo de cierta ciencia hacen plena probanza, bastante para condenar, aunque sea en causas criminales*: lo mismo consta de la *ley* 32. *tit.* 16. *part.* 3. En el *usage* 3. *de Testimonis* se lee: *dos ó tres idóneos testimonis bastan á probar tots negocis*: en la *const. unic. del* 2. *volum. de Testaments* se dice expresamente, que qualquier última voluntad ha de valer, constando de ella por dos ó mas testigos: esto segundo es privilegio de Barcelona. El usage tercero citado por comun inteligencia se ha acomodado tambien en esta provincia, exceptuando las ciudades de Tarragona y Tortosa, y antiguamente la de Perpiñan, á los testamentos, en los quales por los fraudes, que acostumbraban cometerse con gravísimos perjuicios, quisiéron los romanos, que hubiese el número de siete testigos, Cancér *de Legatis num.* 409., idem *de Testamentis n.* 127. *y* 128., aunque Fontanella en la *dec.* 576. *n.* 20. *hasta el* 26. aconseja á las partes, que siempre hagan intervenir mas testigos que los dos. El que en algunos negocios delicados, y mas expuestos que los otros á trampas y perjuicios, exîjan justamente las leyes mayor número de testigos, que en los demas, como se verá en la *seccion* 3., no quita, ni disminuye la suma probabilidad y certeza, que en los otros negocios ó hechos regulares hace la prueba de dos testigos contestes en el modo dicho.

lo mismo El instrumento público viene á reducirse á

la declaracion de dos testigos, en cuya presencia se forma el documento y memoria de algun hecho: y con esto es evidente, que ha de ser por la equivalencia significada plena prueba, y aun mayor por la fe, que da además el escribano.

el instrumento público.

12 La confesion del reo debe equivaler, y aun sobrepujar á la fuerza de dos testigos contestes, que declaran: pues en estos puede caber alguna causa de malevolencia, ódio, ligereza, soborno ú otra especie de pasiones, que no puede presumirse en nadie, que las tenga contra sí mismo: y por la propia razon de equivalencia ó de exceso debe tambien ser plena prueba. Tanto de uno como de otro se tratará en artículos determinados.

lo mismo la comfesion de la parte.

13 De la *ley* 3. §. 2. *Dig. de Test.*, de las *leyes* 5. y 6. *Cod.* del mismo título, del *cap.* 13. *de Probationib.* y del 27. *de Testibus* consta, que diferentes especies de pruebas, presunciones y adminículos, de que se hablará despues, pueden reunirse y combinarse de manera, que formen una plena probanza. El definir como debe hacerse dicha combinacion en tanta variedad de asuntos, como son los hechos, que pueden ocurrir, no es posible segun lo arriba dicho por el jurisconsulto: pero segun la regla prescrita es menester fixar bien los ojos en el todo de prueba, que resulta de las distintas especies de ella combinadas; ver si por derecho está aquella combinacion expresamente aprobada como plena probanza, ó quando no si forma tanto peso, como la declaracion de los dos testigos contestes y sin tacha. En Cataluña, dice Cancér de *Emphiteusi numer.* 21. *hasta el* 38., que está recibido el que el reconocimiento ó confesion del dominio directo de una alhaja enfitéutica, hecha por algun poseedor de ella, pruebe plenamente, no solo contra el que

De diferentes pruebas puede formarse una plena y cómo.

hizo el reconocimiento y sus herederos, sino tambien contra qualquiera tercero poseedor: quando se trata de éste el reconocimiento ó la confesion indicada se reduce á la declaración de un testigo: pero, como éste declara contra sí mismo, y por ser poseedor debe suponerse bien instruido del título de pertenencia de la cosa, ha de hácer mas fuerza, que otro qualquiera, que declare sin concurrir dichas circunstancias. Otros quieren, que para hacer plena probanza el reconocimiento de dominio directo ha de ser adminiculado. De aquí es, que parte por ser el reconocimiento, con que el poseedor confiesa ser alguna alhaja enfitéutica, confesion propia hecha en un tiempo correspondiente, y parte por no ser mas que declaracion de un testigo, aunque particularmente instruido, tiene mas fuerza que la de un solo testigo, pero sin llegar á la de dos, necesitándose en muchas partes, y aun en nuestra provincia en opinion de varios autores de algun adminículo.

Comparacion de dichas pruebas con las pesas, que forman una libra.

14 Supuesto todo lo dicho figúrese la plena prueba como un peso, pongo por exemplo de una libra, constando esta de diez y seis onzas. Este peso de libra puede constar de una sola pesa, ó cuerpo grave, ó formarse de diferentes pesas ó de muchos cuerpos graves, que habrán de ser mas ó menos en número segun su mayor, ó menor gravedad: dos pesas de ocho onzas cada una formarán la libra; y tambien podrán formarla tres, de las quales la una tenga la gravedad de ocho onzas, y cada una de las otras dos la de quatro: puede tambien formarse la libra de una pesa de doce onzas y de otra de quatro. Muchas otras combinaciones pueden hacerse, como es notorio, y de un modo semejante puede, ó debe discurrirse en las pruebas

El intrumento es una pesa, que por sí sola hace la libra, y lo mismo es la confesion de la parte: dos testigos son dos pesas, que la hacen igualmente equivaliendo cada uno á ocho onzas. Un testigo de vista de una cosa, y dos testigos singulares de actos integrantes de la misma cosa, ó que se dirigen á un mismo fin ó acto, como se dirá despues, pueden reputarse tres pesas, la primera de ocho onzas, y cada una de las dos de quatro: la confesion del enfiteuta viene á formar un peso de doce onzas; y con quatro onzas de presunciones, adminículos, ó qualquier otro género de prueba puede resultar la libra entera.

Necesidad de exâminar bien esta materia.

15. Esta comparacion puede servir para gobernar el juició, debiendo el juez, tanto en causas civiles como criminales, tener la balanza en la mano, y estar sumamente atento al peso, graduando por adarmes todas y cada una de las cosas, que resultan de los autos. He explicado con alguna prolixidad y filosóficamente del modo, que he podido, esta materia, porque por una parte hay abuso en muchos, que pretenden destruir la fuerza de la certeza moral, en que se afianzan los juicios, y por otra no dexa de haberle, ó de poderle haber muy fácilmente en no poner todos los medios conducentes para conseguirla.

La prueba aunque no sea semiplena puede servir para formar la plena.

16. Cancér en el título de *Iuramento num.* 31. dice, que para reunirse en plena probanza diferentes pruebas cada una de estas debe á lo ménos ser semiplena, citando el *cap.* 17. de Peguera para las causas criminales. Dudo mucho de esta doctrina, que solo me parece puede tener lugar, ó que debe entenderse en terminos de que siquiera ha de haber alguna prueba semiplena, á la que adhieran las demas, que se reunen.

En qué consiste la prueba semiplena.

17 Todo lo dicho parece, que basta para entender lo que es en general la probanza plena, de la qual y de sus especies trataré luego en particular: resta hablar ahora de la semiplena, que precisamente, como parece de su propio nombre, ha de ser la mitad de prueba, de que se forma la plena: y así un testigo de vista será semiplena probanza. En el §. 15. del *Juicio crim.* de la *Curia Filipica num.* 11., despues de decirse, que dos testigos mayores de toda excepcion, deponiendo de cierta ciencia, hacen plena probanza, se lee: *de que se sigue, que semiplena ó media probanza es uno de estos testigos.* Un solo testigo, por mas condecorado y fidedigno que sea, no puede dexar asegurado y convencido el ánimo del juez, para condenar á nadie, por todo lo que ántes he dicho en órden á los dos testigos, por la *ley* 9. §. 1. *Cod. de Testibus*, por todas las autoridades, que he citado hablando de los dos testigos, y por el proverbio antiguo, de que á un testigo, aunque sea de un Caton, no se le ha de dar crédito, esto es en juicio, y para el efecto de decidir segun su declaracion.

Qué efecto y como le obra.

18 Pero, aunque un testigo solo y qualquier otra semiplena probanza no baste por sí misma para obligar al juez al asenso y sentencia, con todo adminiculado con otras especies de prueba tiene mucha fuerza, habiendo prevalecido la sentencia, de que arriba hice mencion. Así la semiplena adminiculada sirve aun en causas criminales para condenar los reos á muerte, como se dirá despues, y en las civiles para proporcionar el juramento supletorio á favor de la parte, que tiene la semiplena en algunos casos, de lo que se dará razon en su correspondiente lugar. Entre las probanzas semiplenas suele contarse la confesion extrajudicial y

otras especies de prueba: de la explicacion de cada una de ellas se conocerá el grado de fe, que merecen en juicio, no correspondiendo aquí añadir nada mas en quanto á la probanza semiplena en general.

Prueba mayor de semiplena y menor.

19 Algunos subdividen la probanza, que no es plena, en mayor de semiplena y menor que semiplena, á proporcion de la parte, que constituye de prueba comparada con la probanza plena: de suerte, que la semiplena, que haga mas de la mitad de la probanza plena, será semiplena mayor, la que queda en la mitad semiplena, y la que no llega á la mitad semiplena menor. Esta division ya es conforme á lo que he dicho *num.* 14. sobre la comparacion de la libra de peso y partes, que la forman.

Reglas para la graduacion de prueba en caso de duda.

20 En este asunto de probanzas se suelen dar algunas reglas, que no deben omitirse en esta seccion, á fin de graduar la fe ó asenso, que merece cada una de ellas: dicen, que la que se hace por vista de ojos suele ser la mas privilegiada y relevante, como es notorio; que la que se hace por la averiguacion de la verdad del hecho debe vencer á la que por otra parte se funda en presunciones y conjeturas, las quales por regla general deben ceder siempre á la verdad averiguada; que la que tiene á su favor la asistencia y proteccion de la ley debe prevalecer contra la que no la tenga; que las generales y vagas han de ceder á las específicas y contraidas al punto, de que se trata; que en igualdad de circunstancias debe prevalecer la de la materia favorable á la de materia odiosa; y que en la de testigos ha de superar la que tuviere mas número y de gente mas honrada. Finalmente, quando estuvieren encontradas entre sí las probanzas, de manera que con igual peso quedare equilibrada la balanza de la justicia sin caer á una parte ni á otra,

lo que rara vez sucede, debe prevalecer la causa del reo, *ley* 38. *Dig. de Re iudic.*, *cap.* 11. *de Reg. Iur. in* 6., *ley* 4. *Cod. de Edendo*, y la del poseedor, *cap.* 65. *de Reg. Iur. in* 6., que ya viene á ser ó es reo.

El favor de la causa privilegiada prevalece contra el que se debe al reo.

21 La regla dada de que en igualdad de circunstançias deba decidirse á favor del reo, y del poseedor, ha de limitarse en los casos de tratarse de materia particularmente privilegiada y favorable, como de dote, testamento, matrimonio, libertad, alimentos, y otras causas pias: en estos casos, sin respecto al reo, debe quando hay duda pronunciarse la sentencia á favor de las referidas causas de alimentos, libertad, matrimonio, testamento, y dote, *ley* 38. *Dig. Sententiis*, *ley* 70. *de Iure dotium.*, *cap.* 3. *de Probat.*, *cap. ult. de Sententiis et re iudicata*, y *Curia Filípica Juic. civ.* §. 17. *num.* 27.

En caso de igualdad de prueba no puede dividir el juez.

22 Es caso muy metafísico el que traen los autores, de hallarse de tal manera encontradas las probanzas entre sí, que no haya mayor peso de probabilidad en una parte, que en otra. Entónces muchos son de parecer, que se ha de dividir la cosa controvertida entre los colitigantes: pero el crítico Bynkersoek dice, y parece muy fundada su opinion, que el juez, que divide, puede estar cierto, de que yerra la sentencia por mitad: porque el derecho es indivisible, y hà de ser ó todo de uno ó todo de otro. Por otra parte las leyes é historias, que citan para dicho medio, de nada sirven. Es inepta para ello la de Salomon, que no pensó en dividir realmente el niño, de que se hablará en el título de presunciones: y nada prueba el que por los motivos graves de duda de derecho, que habia á favor del hallador del tesoro y del dueño del lugar, en que se hubiese encontrado, le dividiese entre los

dos referidos el Emperador Justiniano §. 39. *Inst. de Rer. divis.*, ni otro medio término, que siguió con igual motivo el mismo en quanto á lo que se llama specificacion en el §. 25. *ibid.*, con exemplos en otras leyes de haberse dividido las cosas en caso de dudas graves por una parte y otra, y de una especie de probabilidad igual y equilibrada: estos son exemplos de legisladores, que tienen facultad para hacerlo, y usáron de ella con templanza en casos rarísimos: pero á los jueces no han dado las leyes semejante arbitrio, ni habrá parecido justo, que se les diese, para cortar los abusos, con que podria el magistrado, para favorecer á alguna parte, ó por una inclinacion natural á buscar temperamentos en las cosas, ó para contentar á todos, ó para huir del trabajo de inquirir con mucho estudio la mayor probabilidad, dar mas fuerza y valor á muchas probabilidades ténues en sí, ó comparadas con las mayores. En dicho caso pues, si es que suceda alguna vez, debe el juez romper, determinándose á seguir la probabilidad, que le pareciere mayor sin acepcion de personas.

Requisitos para graduar bien la prueba.

23 Esta acepcion de personas es la que mas perjudica por lo regular al arbitrio, que tiene el juez en la graduacion de prueba: para formarla bien se necesita de buena intencion, de fina dialéctica, y ánimo libre de prejuicios y de un cierto tino y sindéresis legal, que no se adquiere sino á fuerza de mucho estudio de las leyes, y de los autores, que las comentan, con una continua práctica y exercicio en estas materias. Al hablar de las probanzas en causas criminales quedará bastante que añadir á esta materia de probanzas en general: en esta *seccion* el principal objeto es el de las probanzas en las causas civiles.

Cada parte ha de probar los hechos, en que se funda.

24 Ahora se ha de hablar de las personas, á quienes corresponde presentar las probanzas para la justificacion de los hechos. Por la naturaleza misma de las cosas es evidente, que cada parte ha de probar los hechos relativos á su pretension y derecho, y que por consiguiente el actor debe probar la accion y la excepcion el reo, como consta de las *leyes* 9. 19. *y* 21. *Dig. de Probation.*

Lo mismo el que afirma alguna cosa.

25 Tambien es evidente, que el que afirma alguna cosa es el que tiene el cargo de justificarla segun la *ley* 1. *y* 2. *Dig. ibid.*, *ley* 1. *tit.* 14. *part.* 3., no debiendo el contrario ser obligado á probar la negativa, como se previene en la misma *ley* 2. y en la 23. *Cod.* en el mismo título, ménos quando la negativa se resuelve en afirmativa, como por exemplo si se trata, de que un sugeto, de quien se presenta una escritura de obligacion de determinado dia, mes y año firmada en alguna ciudad, no la firmó verdadera y realmente, porque no estaba en el dia mes y año, que reza la escritura, en dicha ciudad, sino en otra, siendo imposible, que en un mismo dia pudiese hallarse en las dos: de algunos casos, en que el que niega está obligado á probar, los quales pueden reducirse á la excepcion puesta, habla la *ley* 2. *tit.* 14. *part.* 3.

El que tiene á su favor la presuncion no ha de probar el hecho.

26 El que tiene á su favor alguna presuncion de derecho, como el poseedor la tiene de ser dueño de la cosa poseida, se exônera del cargo de probar el dominio, que en él presumen las leyes.

Las probanzas deben hacerse en juicio.

27 Por lo que se ha sentado, que son las probanzas justificaciones jurídicas, y por todo lo que se ha explicado en el *cap.* 7. *sec.* 1. *art.* 1. al hablar del término de prueba, es tambien notorio, que las probanzas han de hacerse en el juicio, y no fuera de él, debiendo el juez desentenderse de todo

quanto no se executa en su presencia, ó no obra en los autos substanciados por él, ó con su autoridad. Por consiguiente deben presentarse las probanzas en los términos de prueba respectivamente señalados. De las informaciones, que llaman *ad futuram rei memoriam*, recibiéndose las declaraciones de los testigos fuera del juicio, se hablará en la *sec.* 3.

SECCION II.

De la confesion de la parte, y de la graduacion de prueba, que de ella resulta.

La confesion es judîcial ó extrajudicial, tácita ó expresa.

1 Empecemos á decir ya lo que corresponde en particular de cada una de las probanzas, que pueden hacerse en los términos señalados de prueba: y primero parece, que corresponde tratar de la confesion de la parte, por relevar esta, quando la hay por lo menos judicial, del trabajo de probar el hecho ó hechos, de que se controvierte, con otro modo de justificacion, que siempre es costosa y embarazosa. En nombre de confesion entiendo la afirmacion, que uno de los litigantes hace del hecho, que el otro sienta en quanto á él. Si se afirma lo dicho en juicio la confesion es judicial; si fuera de él extrajudicial; si literal y terminantemente es expresa: si se colige de antecedentes y conjeturas, ó de algun acto, es solamente tácita, como quando se presenta por la parte algun instrumento en juicio, se entiende aprobar todo su contenido, segun parece de la *ley* 3. *Cod. de Fide instrum.*, ó quando concurre otro acto, ó actos semejantes, que inducen aprobacion y confesion de alguna cosa.

Exemplos

2 Así en la *ley* 6. *princ.* y §. 1. *Dig de Vsuris* se

de confesion tácita.

vé, que el que paga por mucho tiempo intereses de algun capital reconoce ó confiesa tácitamente la deuda de él; en la *ley* 1. *Cod. de Fideicom.*, que el que paga por mucho tiempo un legado annuo reconoce ó confiesa la obligacion impuesta por el testador: y en la *ley* 38. *Dig. de Iureiur.* se tiene por confesion el no querer jurar el litigante, ni quererse comprometer en el juramento del contrario. De la confesion tácita ó presunta por ley, quando la parte no quiere responder á las preguntas, que se le hacen de órden del juez, ya se ha hablado en el *cap.* 4. *sec.* 3.

La confesion es absoluta ó modificada.

3 Quando la afirmacion de la parte es sin restriccion ni límites se llama confesion absoluta ó simple: quando es limitada á determinadas circunstancias se dice modificada ó qualificada, como quando se confiesa recibido un préstamo pero expresándose, que se devolvió el dinero; que se mató á alguno pero en justa defensa, bien que aquí no hablamos de cosas criminales, de que se tratará despues.

La confesion judicial es plena prueba.

4 La confesion judicial es plena prueba, de manera, que ella sola basta para condenar á la parte: y la que fuere confesa se tiene ya por condenada en juicio, *ley* 1. *y* 6. *Dig. de Confes.*, *ley* 25. §. 2. *Dig. ad Leg. aquil.*, *ley* 56. *Dig. de Re iudicata*, *ley unic. Cod. de Confes.*, *ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* Nada parece ciertamente mas justo que esto, hablándose de la confesion simple y absoluta: nada mas correspondiente, que estar á lo que declara la misma parte, que es la que ha de saber mejor la verdad de los hechos, y que, testificando contra sí, no puede ser sospechosa de ninguna pasion de las que pueden recelarse en otro testigo. En este caso la misma parte con su confesion viene á condenarse

á sí misma, como dice la *ley* 1. *Dig. de Confes.*, siendo esto un justísimo motivo, para que se dé á dicha confesion la fuerza de probanza plena y la misma, que se da á la sentencia.

5 Por esto algunos dicen, que es tanta la eficacia de la confesion de la parte, que no se necesita despues de ella de sentencia condenatoria, sino solamente de instar la execucion por la deuda ó cantidad confesada. En realidad en la *ley* 1. *y* 6. *Dig. de Confes.* y en la única *Cod. eod.* se lee, que los confesos se tienen ya por juzgados y condenados: y en la 25. *Dig. ad Leg. aquil.* se dice, que no tiene que hacer nada el juez con los que confiesan. Algunos son de parecer, de que es necesaria la sentencia, quando se trata de juicio ordinario, habiendo confesado la parte despues de la contestacion en el pleyto: parece esto fundarse en las *leyes* 3. *y* 5. *Dig. de Confes.*, y en que el juez de lo que ha empezado á conocer debe pronuciar sentencia, *ley* 74. *Dig. de Iudiciis*: pero, si se trata de juicio extraordinario, dicen que no es necesaria la sentencia pudiendo empezarse por la execucion, en fuerza de lo que resulta de las leyes citadas y de la 21. *Dig de Iudiciis*: en esta parece, que al que confiesa la deuda solo se ha de dar el corto plazo de tiempo, que se concede á los que ya estan condenados con sentencia.

Con ella no se necesita ya de sentencia segun como se proceda.

6 Segun el estilo de nuestros tiempos en todo género de causas, en juicio civil ordinario, y en el criminal, se hace necesaria la sentencia condenatoria, como se puede ver en Heineccio en la *Disertacion* 18. de la *sylloge* 1. *de Religione iudicantium circa reorum confessiones* §. 25.: pero, si alguno tiene á su favor confesion de parte y quiere, puede usar de la via executiva; y constando de dicha

confesion, sin necesitarse de sentencia de juez, se manda encontinente la execucion en el modo, que verémos en el *tit.* 3. *cap.* 2.

Registro de confesiones en algunos tribunales.

7 En los tribunales ordinarios de esta provincia suelen tenerse á dicho fin libros, que llaman de confesiones, en donde se sientan las de los que allí en presencia del juez en juicio verbal reconocen y confiesan la deuda.

La confesion para ser plena prueba debe ser voluntaria y libre.

8 La confesion, para dársele la fuerza de probanza plena, debe tener varias circunstancias, que voy á expresar. Por la razon, en que he dicho que estriba la fuerza de prueba, que se da á ella, es claro, que ha de ser voluntaria. De esto mismo nace, que ha de ser sin error, y que á nadie puede dañar la confesion, que mediante él se hubiere hecho, *ley* 2. *Dig. de Confes.*, *ley* 4. *y* 5. *tit.* 13. *part.* 3.: el error quita el consentimiento, y sin éste no hay voluntad, ni confesion. De lo mismo se deriva, que debe hacerse sin temor, infiriéndose esta circunstancia de la *ley* 2. *Cod. de Custod. reor.* Como la voluntad del pupilo y del menor se tiene por muy débil, y poco eficaz para contraer obligaciones, es consiguiente á esto, y al principio establecido, de que ha de ser libre y voluntaria la confesion, que no valga la del pupilo sin autoridad de tutor, y que el menor, que la hubiere hecho sin autorizarla el curador, tenga la restitucion *in integrum*, *ley* 6. §. 5. *Dig. de Confes.*

hecha en juicio.

9 No basta la voluntad libre de equivocacion y temor en la confesion, para que tenga la fuerza que he dicho, sino que tambien es necesaria la circunstancia, de ser hecha en juicio, como prueba la *ley* 56. *Dig. de Re iudic.*, la *unica Cod. de Confes.*, y todas las que he citado en órden á comparar la confesion con la sentencia.

10 Tampoco basta el haberse hecho la confesion en juicio: es menester, que se haya hecho en él con ánimo de cargar sobre sí y reconocer el que la hace la obligacion de lo que confiesa. De este principio sacaria el jurisconsulto Scévola en la *ley* 37. *Dig. Famil. erc sc.*, que el que pide en el juicio de division de herencia no confiesa, que el contrario es su coheredero: pues la confesion tácita, ó implícita en el mismo hecho de pedir contra alguno la division de bienes, se hace por creer, que él es coheredero, y no por reconocerle tal: esto en algun modo puede reducirse al error, de que he hablado. Mas propio es para la explicacion de esto la *ley* 9. *Dig. de Exception.*, en la qual se dice, que el que se defiende, ó usa de alguna excepcion contra el actor, no por esto confiesa la intencion de dicho actor, porque esta especie de confesion tácita de suponer accion la excepcion la hace la parte para defenderse, no para obligarse con reconocimiento de ella: *non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quo cum agitur, quia exceptione utitur.* Se habla aquí de excepcion, que lo sea con toda propiedad segun lo dicho en el *cap.* 4. *sec.* 1. *num.* 1. *con ánimo de reconocer obligacion.*

11 De la necesidad, sentada en órden á que la confesion debe ser judicial, se deriva la circunstancia, que consta de la *ley* 6. §. 3. *Dig. de Confes.* y de la 2. *tit.* 13. *part.* 3., que ha de ser hecha en presencia del contrario por la razon general, de que todos los actos judiciales han de ser con intervencion de ambas partes por relacion al estilo antiguo de los romanos de repreguntarse, y responderse personalmente los interesados, como se ha dicho en el *cap.* 4. *sec.* 3., y porque la confesion debe hacerse á alguno, mediante cuya acep- *en presencia de la parte contraria.*

tacion se adquiera el derecho, que ella da.

Debe especificar la cosa sobre que recae.

12 De la comparacion y fuerza, que se da á la confesion respecto de la sentencia, se infiere tambien otra circunstancia necesaria, esto es, que la confesion especifique la cantidad ó cosa debida, sin bastar por exemplo, que confiese la parte, que debe un campo ó una cantidad: es preciso individualizar las circunstancias, que pueden proporcionar su conocimiento: por esto en la *ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* se dice, que las confesiones, que se mandan executar, han de ser claras: lo propio puede verse en la *ley* 6. en el *princ. y* §. 1. *Dig. de Confes.*, y en la *ley* 3. *tit.* 33. *part.* 3., constando de estas mismas, que, si se resiste la parte á especificar las circunstancias, puede y debe ser apremiada á hacerlo.

Puede hacerse con señas.

13 No solo debe ser cierta y claramente expresada la cosa, que se confiesa, sino tambien el modo, de manera, que no quede duda ninguna, de lo que confiesa la parte: esto no quita el que pueda hacerse con señas, como defiende que puede hacerse Heineccio en el §. 28. de la *disertacion* 18. *de Relig. iudicant. circa reor. confes.*, apoyado en *Julio Paulo Receptar. sentent. lib.* 5. *tit.* 5. §. 3., y en el *lib.* 2. *tit.* 1. §. 5. *ib.* En efecto, con tal que conste de la voluntad del que confiesa, importa poco, que la confesion se declare con palabras, con escritos ó con gestos: y el motivo, en que se fundan algunos, de que la confesion se equipara con la sentencia, la qual solo puede hacerse de palabra ó por escrito, es ciertamente ridículo, porque la comparacion no ha de ser tan estrechada y total, que en todo la confesion deba tener lo que tiene la sentencia. Con todo, como qualquiera declaracion hecha con gestos está ocasionada á dudas, equi-

vocaciones y perplexidades, ha de hacerse mérito de esto mismo: y en caso de dificultad, ó duda sobre la voluntad, no podrá tener el efecto regular de la confesion, esto es de plena probanza: por esto mismo en causa criminal dicen todos los autores, como se puede ver en el §. 42. de la *disertacion* citada 18., que no se puede condenar á ningun mudo y sordo confeso, no concurriendo por otra parte declaraciones y pruebas de testigos convincentes.

La confesion en causa criminal.

14 De las qualidades, que deba tener la confesion en causa criminal, se tratará en el *título* 5. de este libro.

Dificultad de la prueba, que resulta de la confesion modificada.

15 Por lo que respecta á la confesion modificada ó qualificada hay gravísimas dificultades en órden á si puede ser aceptada en quanto á lo principal resultando de ello plena probanza, y si queda del cargo del que confiesa el justificar el modo, ó la qualidad, con que se ciñe y limita la confesion, ó si únicamente resulta plena probanza del todo sin poderse distinguir en esta parte el modo ó la qualidad del hecho, que se confiesa. Algunos dicen, y no parece fuera de razon, que quando la qualidad ó el modo es separable de la cosa, que se confiesa, no siendo dicha qualidad coherente ó implícita con ella, y quando tiene el que confiesa la presuncion de derecho en contrario, debe resultar plena probanza de lo substancial ó principal, que se ha confesado, y debe ser entónces del cargo del que confiesa el probar el modo ó la qualidad, como quando se confiesa el préstamo afirmando que se volvió el dinero, ó quando se confiesa el homicidio, diciendo que se hizo en defensa propia. La qualidad, ó la circunstancia del pago ó restitucion del dinero, no es coherente é

implícita, sino muy diversa y separada de lo principal, que se confiesa: la circunstancia de la defensa propia tiene resistencia en la presuncion contraria de derecho.

16 Uno y otro parece inferirse de la *ley* 29. §. 1. *Dig. de Minor.*, de la 1. *Cod. ad Leg. cornel. de sic.*, de la 5. *Cod. de Iniur.* y de la misma naturaleza de las cosas: pues, si se exâmina bien el asunto, en él se trata de cosas entre sí diversas, y del todo distintas, conviene á saber del hecho principal y de la circunstancia, que modifica: por lo que toca al primero está la confesion de la parte, que mediante la aceptacion de la otra forma probanza plena: por lo que toca á la segunda no hay mas que la simple asercion del que pretende defenderse y excusarse de lo que se le pide: quando la presuncion de derecho es contra la qualidad, circunstancia ó modo, con que se confiesa, parece, que la misma fuerza de la presuncion exîge, que no se crea al confeso en quanto á dicha qualidad, no habiendo embarazo en creerle en quanto al hecho principal. En el caso de ser la circunstancia coherente é inseparable del mismo hecho principal, de que se trata, no parece que pueda caber esta division ó separacion de cosas, como quando alguno confiesa, que vendió con pacto de *retro vendendo*, ó con condicion: en estos casos no cabe la separacion, ni el decir, que queda probada la venta por la confesion y para probar el pacto de *retro* ó la condicion: de esta opinion parece, que es Hevia Bolaños con varios autores, á lo que puede colegirse del §. 5. *num.* 3. *del Juic. exec. Cur. Fil.*

La confesion extrajudicial forma

17 La confesion extrajudicial, porque nunca puede presumirse tan séria y deliberada como la otra, y por lo que se ha dicho arriba, que debe des-

entenderse el juez de todo lo que no se hace ante él con su presencia ó facultad, no puede hacer probanza plena, siendo esto propio y peculiar de la judicial, como consta de la *ley* 1. *Cod. de Confes.* y de casi todas las otras, que he citado en prueba de ser la confesion probanza plena. Pero la *ley* 7. *titul.* 13. *part.* 3. dice, que funda gran sospecha la confesion extrajudicial, y está generalmente recibido, que forme la semiplena contra él mismo, que hubiere confesado, quando no se trata de confesion hecha inconsideradamente por ligereza ó precipitacion, ó sin séria voluntad, y deliberacion de ánimo. Fontanella en la *decis.* 258. *num.* 31. dice, que suelen hacerse estas confesiones extrajudiciales con mucha ligereza é inconsideracion: allí mismo consta, que nuestra Audiencia acostumbra dar la fuerza de semiplena á las confesiones extrajudiciales no aceptadas, ó hechas en ausencia de la parte interesada: del *num.* 26. *y* 27. *ibid.* parece, que en opinion de Fontanella la confesion extrajudicial hecha en presencia de la parte, hace probanza plena: y lo mismo consta en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 17. *num.* 6., citándose varios autores.

prueba semiplena en algunos casos.

18 Algunos tratan en este lugar de los vales ó cartas, en que se confiesa alguna deuda con expresion de causa ó sin ella, por reducirse á una especie de confesion: pero hay mucha diferencia por ser esta confesion, de que tratamos aquí, obligacion y no prueba de ella, como el vale, de que se hablará al tratar de instrumentos en la *seccion* 4.

En donde se tratará de los vales.

SECCION III.

De los testigos, y de la graduacion de prueba, que resulta de sus declaraciones.

El testigo ha de ser persona fidedigna y citada.

1 Es bastante raro, que los reos confiesen los hechos, en que se funda el actor, y que reciprocamente éste confiese lo que de él pretende el reo: por esto se hace preciso el recurrir á otras especies de prueba. Una de las mas corrientes, y que se han de dar comunmente para la justificacion de los hechos, es la deposicion de los testigos: qualquiera de estos, por lo que pertenece á este lugar, es, segun consta del *cap.* 1. *de Testib.*, de las *leyes* 1. *y* 2. *Dig. de Testib.* y de lo que corresponde por la naturaleza de la cosa, una persona idónea y fidedigna, de cuya declaracion, hecha con citacion del juez á instancia de la parte, nos valemos para justificar los hechos.

Puede ser testigo qualquiera que no lo tenga prohibido.

2 Debiendo pues ser el testigo persona idónea y fidedigna, como es justo que lo sea, y que no se mueva el juez á condenar por deposiciones de personas, que sean por alguna razon sospechosas, es claro, que por este motivo, y por las diferentes causas particulares, que encierra en sí la doctrina general de este principio, muchas personas no pueden ser testigos. La regla en esta materia ha de ser el §. 1. de la *ley* 1. *Dig. de Testib.*, aprobada con la *ley* 8. *tit.* 16. *part.* 3., esto es, que pueden presentarse por testigos los que no lo tienen prohibido por la ley. Nuestra solicitud debe pues dirigirse á la averiguacion de las personas, que comprehende la prohibicion legal.

Testigos ab-

3 En quanto á esta materia debe sentarse pri-

mero, que algunas son del todo ó absolutamente inhábiles, de manera, que su deposicion no hace ninguna fe en juicio, ménos que sea en algun caso particularmente exceptuado, y otras, que lo son solamente respecto de ciertas personas y causas. Con la explicacion pues de las personas, que no pueden ser testigos, quedará bien claro, quienes lo pueden ser.

soluta y respectivamente inhábiles.

4 En el número de los testigos absolutamente inhábiles deben contarse los que no tienen libre el uso de la razon, como los furiosos y mentecatos, *ley* 40., *ley* 124. §. 1. *Dig. de Reg. iur.*: por consiguiente tampoco pueden ser testigos los borrachos, ni otro ninguno, que por alguna pasion del ánimo, ó defecto del cuerpo en el uso de los sentidos, no pudiere haber conocido con plena libertad y deliberacion el hecho, de que se trata.

Testigos absolutamente inhábiles por falta de razon y uso de sentidos.

5 Siendo verdadero lo que dice Justiniano en el §. 10. de *Inutilibus stipulationibus*, que *infans, et qui infantiae proximus est, non multum à furioso distant*, contamos tambien en el mismo número á los impúberes, bien que por la luz, que empieza á despuntar en los que se hallan próximos á la pubertad segun la *ley* 111. *de Reg. Iur.*, no dexa de admitirse la deposicion de los que se hallan en dichas circunstancias en negocios de dificil prueba, ó privilegiados por alguna razon, aunque no para el efecto de probanza plena, ni aun de semiplena, sino solamente de alguna presuncion, adminículo ó indicio.

En dicho número deben contarse los niños con alguna modificacion.

6 Los que han llegado á la pubertad pueden ser testigos en causas civiles, *ley* 19. §. 1., *ley* 20. *Dig. de Testib.* En Cataluña no solo tenemos recibido, el que debe haber llegado el testigo á la pubertad, sino que aun esto no basta en las muge-

Los que han llegado á la pubertad pueden ser testigos.

res : pues en el *usage 6. de Testimonis* se previene, que ninguno, ya sea hombre, ya muger, pueda presentarse por testigo si no ha cumplido los catorce años. Lo mismo manda la *ley 9. tit. 16. part. 3.* en quanto á causas civiles.

Absolutamente inhábiles son varios delinqüentes con alguna limitacion.

7 Tambien deben contarse en el número de los absolutamente inhábiles é indignos de que se les dé fe, ménos que sea en causas sumamente privilegiadas, y con limitado efecto, como se ha dicho de los impúberes, los condenados en los juicios, que llamáron públicos los romanos, de causas criminales y gravísimas, como de calumnia, adulterio, residencia y otros semejantes delitos, *ley 3. §. 5.*, *ley 13. 14. 15. 18. y 21. Dig. de Testib.*, *ley 8. 10. tit. 16. part. 3.*, *usage 7. de Testimonis* : en la misma clase se incluyen los acusados y presos por semejantes delitos, *ley 3. §. 5. Dig. de Testibus*, y los convencidos de tomar dinero para declarar ó no declarar como testigo, *ley 3. §. 5. Dig. de Testib.* Por el *usage 7. de Testimonis* los homicidas, los malhechores, los ladrones, los hechiceros, los sacrílegos, los adúlteros y los incestuosos no se admiten por testigos. Ya vienen á ser estos los condenados en juicio público. Como el perjuro, léjos de ser acreedor á fé y crédito, solo merece castigo, *ley 16. Dig. de Testib.*, *ley 42. tit. 16. part. 3.*, no debe ser admitido por testigo, ó no debe darse crédito al que lo fuere. Esto no ha de entenderse de aquellos, que en el mismo acto de su deposicion, luego que la han hecho, enmiendan en continente alguna cosa: pues en este caso se supone hecha la anterior declaracion con error y equivocacion, que se quiere corregir. Habiendo pasado mucho tiempo no se les oye, ni hace prueba ninguna la segunda deposicion, que se quiera hacer como con arrepenti-

miento y deseo de desdecirse por amor á la verdad. Esta declaracion no se admite por derecho, *ley* 23. *Dig. de Testib.*: se debe presumir ganada con dinero ó soborno, *can.* 17. *quaest.* 9. *caus.* 3.: además no puede ser creida sin que se tenga por perjuro al declarante: y en este caso no puede probar nada su deposicion en perjuicio del derecho, que tiene adquirido la parte con lo que primeramente declaró el testigo. Con todo parece, que generalmente confiesan los autores, que se debilita mucho la fuerza de la primera declaracion; y que puede ser preferida la segunda, quando á favor de ella hay alguna grande presuncion, ó quando la primera se hizo con error de hecho, que se puede hacer constar en la segunda, por lo que se ha dicho de la confesion.

8 En el mismo número de testigos absolutamente inhábiles deben contarse todas las personas viles é infames, *ley* 18. *Cod. de Testib.*

tambien los infames.

9 Los vagos, aunque no son delinqüentes ni infames, estan muy ocasionados á serlo; y, por ser muy sospechosas sus personas, no pueden dexar de serlo sus dichos, y de haberse de incluir ellos en la clase de las personas absolutamente inhábiles, de que tratamos. Así dice Peguera *cap.* 3. *numer.* 16., que los vagos no suelen admitirse por testigos en causas civiles ni criminales.

Sobre si pueden serlo los vagos.

10 En la *Cur. Fil. Juic. crim.* §. 15. *num.* 16. con relacion á la *ley* 10. *tit.* 16. *part.* 3. y á la glosa de Gregorio Lopez se dice, que tampoco puede serlo en causa civil ni criminal el preso miéntras lo estuviere.

11 Los pobres y necesitados no son absolutamente inhábiles: si fueren personas viles, ó hubiere sospecha de que por dinero pueden fácilmente pre-

Los pobres y necesitados no son abso-

lutamente inhábiles.

cipitare á declarar, no debe darse fe á sus deposiciones, *ley* 3. *Dig. de Testib.*: Cancér *de Testib. numer.* 88. dice, que pende esto del arbitrio del juez. La pobreza, aunque en sí no sea vileza, está muy ocasionada á serlo, y á que se desvie el que la padece del camino de la verdad, como parece de lo que se dice en la *Oda* 24. *del lib.* 3. de las de Horacio: pero hablando con rigor de derecho parece, que de ningun modo es el pobre absolutamente inhábil, dependiendo de las circuntançias la graduacion de prueba, que de él resulte.

Testigos respectivamente inhábiles.

12 Otras personas hay, que no son absolutamente inhábiles para declarar como testigos, sino con relacion á ciertas personas ó causas, en órden á las quales milita en particular algun motivo para sospechar de su deposicion, que no obra en general para toda especie de causas y personas.

lo son los que tienen interes en la causa, y quiénes sean estos.

13 El propio interes, que tenga alguno, ó su compañero ú otra persona, por quien es regular que se interese por vínculo de sangre, ó por otro respecto, es claro, que debe ser justa causa para desecharse ó despreciarse la deposicion en las causas propias y de las personas indicadas. Ciceron en el *cap.* 36. *pro Rocio* dice, que ni aun en causas de poca monta, siendo de interes propio, testificaban las personas mas condecoradas y autorizadas entre los romanos por costumbre antigua de sus mayores; que Scipion el Africano, cuyo renombre declaraba por sí, que habia sujetado la tercera parte del mundo, si se tratase de su interes no testificaria, y que si lo hiciese no se le creeria. Nadie pues puede ser testigo en causa propia, ni en la de su compañero, *ley* 10. *y* 11. *Cod. de Test.*, ni en la del padre ó cabeza de familia el hijo y los domésticos, *ley* 6., *ley* 9. *y* 24. *Dig. de Testib.*, *ley* 3. *y* 6. *Cod. ibid.*, *usage* 9.

de Testimonis, *ley* 13. 14. 16. 18. *y* 21. *tit.* 16. *part.* 3.

14 En quanto á los súbditos se ha dudado si pueden ser testigos en causas, en que interesan sus superiores, como se puede ver en Cancér *num.* 9. *y* 10. *de Test.*, pareciendo del mismo lugar, que en las causas, en que pueden declarar otros, es justo desecharlos, y admitirlos en las demas, en que ó no pueden hallarse testigos, ó es preciso que ellos declaren.

15 Es conseqüencia de lo mismo, que los abogados, tutores y curadores no pueden ser testigos en las causas de sus clientes, pupilos y menores, *ley ult. Dig. de Testib.*, *ley* 20. *tit.* 16. *part.* 3., y que nadie puede serlo en las causas de amigos ó enemigos, *ley* 3. *Dig. de Testib.*, *ley* 17. *Cod. eod.*, *ley* 22. *tit.* 16. *part.* 3., *usage* 9. *de Testimonis* : así la amistad, como la enemistad, ha de ser en punto muy subido y grande, para excluir á alguno del derecho de testificar destruyendo del todo la fe, que por otra parte se merece, aunque siempre la disminuya.

16 Finalmente siempre que pueda resultar al declarante ó directa ó indirectamente alguna utilidad se debilita la fe de su declaracion : de esto trae algunos exemplos Cancér *de Testib. num.* 4. *hasta el* 9., en donde trata de los córreos, fiadores, condominos y otros.

Los paganos, apóstatas y hereges son testigos respectivamente inhábiles.

17 Entre las personas inhábiles con respecto á determinadas personas deben tambien contarse los paganos, apóstatas y hereges, que no pueden ser testigos contra los ortodoxos, *ley penult. Cod. de Haeret.*, *usage* 7. *de Testim.* : será naturalmente por la regla, que poco ha sentamos, de la enemistad, debiéndose suponer en los dichos la aversion,

que todo el mundo sabe, contra los christianos.

Ninguno de los dichos lo es respecto del que los presenta.

18 Los testigos inhábiles con respecto á ciertas personas no lo son contra el que los presenta; porque respecto de él cesa la causa de sospecha.

Sobre si las mugeres pueden ser testigos en testamento.

19 Por lo que toca á las mugeres, ó á sí son ellas testigos inhábiles en los testamentos por nuestro derecho de Cataluña, es punto muy controvertido. Por derecho civil es cierto, que no pueden serlo por el §. 6. *Instit. de Testam. ordin.*, debiendo derivarse este derecho de los tiempos antiguos, en que se hacian los testamentos en los comicios ó cortes, á que no podian concurrir las mugeres, ó tal vez de que á los romanos les pareció, que no podian tener las mugeres toda la sagacidad, que se requiere, para oler las trampas y sugestiones, que se suelen cometer en materia de últimas voluntades. En quanto á derecho canónico se duda, opinando algunos intérpretes, que, no viéndose segun él corregido ó variado el derecho de Justiniano, debe suponerse aprobado. Por derecho de Partidas consta en la *ley* 17. *tit.* 16. *part.* 3. y la 10. *tit.* 1. *part.* 6., que, aunque las mugeres pueden ser testigos en las demas causas y negocios regulares, no pueden serlo en testamentos. En nuestro municipal parece, que no hay nada prevenido. Solo en la *const. unic.* 2. *volum. de Testam.* se dice expresamente, que ha de valer qualquier última voluntad, con tal que hubieren intervenido en ella dos ó mas testigos: esto puede entenderse de los habilitados para testamentos, y por consiguiente con exclusion de mugeres, mayormente atendido lo que se ha dicho en el *capit.* 3. de los *Preliminares* en el *n.* 57. *y* 58. Fontanella en la *dec.* 580. defiende contra Cancér, que las mugeres en Cataluña no pueden ser testigos en tes-

tamento, citando decisiones de la Audiencia en apoyo de su opinion.

20 Siempre que se trate de testigos deben distinguirse dos clases, una de los que no tienen tacha ó libres de toda excepcion, esto es personas, á quienes no se puede oponer reparo, circunstancia, ni motivo ninguno, por el qual se deba negar ó disminuir la fe de sus dichos, y la otra clase de los que tienen tacha, como quando el testigo es respectiva ó absolutamente inhábil, ó no merece toda la fe, que correspondiera por otro motivo, como si se contradice, ó si resulta alguna otra cosa semejante, que haga imposible ó inverisímil su declaracion.

Testigos con tacha ó sin ella.

21 Así como se ha indicado de los testigos absolutamente inhábiles, que en algunas causas privilegiadas pueden admitirse, con mucha mas razon debe afirmarse lo mismo de los testigos, que son y se consideran solamente inhábiles con respecto á determinadas causas ó personas, como es manifiesto.

Los testigos respectivamente inhábiles se admiten en algunas causas.

22 Causas privilegiadas para admitir testigos inhábiles son aquellas, en que se trata de impedir algun pecado, como, si por exemplo se habla de contraer un matrimonio nulo, bastarán para diferirle, hasta que quede plenamente averiguado lo que se pone por reparo ó impedimento, la declaracion de los parientes, *cap.* 22. *de Testib.* Son tambien causas privilegiadas para el mismo efecto todas aquellas, en que la verdad de los hechos no se puede averiguar de otro modo, ó por medio de otras personas. Para conocer estos casos ó negocios da regla Cancér *de Testib. num.* 14. *hasta el* 19. Dice no poderse averiguar la verdad de otro modo, que con los testigos, que padecen alguna de las

Los testigos inhábiles se admiten en algunas causas y cómo.

excepciones indicadas, quando el negocio es tal, que por su naturaleza, atendido el uso comun y lo que suele suceder, no pueden verisímilmente saberle sino testigos domésticos ó parientes por exemplo, y que en los negocios, que verisímilmente pueden y suelen suceder en presencia de testigos sin tacha ni excepcion, aunque por casualidad no los haya habido sino con dicha excepcion, no se admiten para hacer plena fe y probanza los testigos inhábiles. Tambien suelen admitirse ó darse fe á dichos testigos, quando se hallen tácita ó expresamente aprobados por la parte, que pudiere haber opuesto la excepcion, y no haya hecho uso de ella, y en otros casos semejantes, y en algunas causas criminales, de lo que se hablará en el *tit.* 5. *cap.* 20. *sec.* 4. Pero aun en estos casos depende todo del arbitrio regulado del juez: y nunca pueden hacer los testigos respectivamente inhábiles la fuerza, que harian sino tuviesen tacha; y han de procurarse unir con otras especies de probanza, para llegar á hacer la que se necesite por derecho.

No dexan de presentarse los testigos inhábiles, y con qué efecto.

23 Lo que se ha dicho, que hay personas absoluta y respectivamente inhábiles para ser testigos, no ha de entenderse para el efecto de que no se admitan. Al tiempo de presentarse los testigos es justo, que se prescinda, obligando á esto no solo la dificultad, en que se hallaria el juez y el escribano, que siempre han de prescindir de todo lo que no conste de autos, sino tambien el término de prueba, que se dá para oponer las tachas de los testigos. Solo en algun caso, como quando el testigo en el mismo tiempo de presentarse expresare no tener la edad correspondiente, ó manifestare otra incapacidad de las que le hicieren por ley inadmisible, puede dexar de tomarse su declaracion

En el tiempo de liquidar la prueba es quando ha de verse si el testigo es absoluta ó respectivamente inhábil; si atendida la causa puede, quando no hacer toda la fuerza y fe, que corresponda, obrar con alguna.

Del grado de probanza, que resulta de los testigos.

24 Corresponde ya ver el grado de probanza, que resulta de los testigos, ó ya se miren separadamente, ó cotejados entre sí, suponiendo sabido, ó remitiéndome á lo que se ha dicho sobre este asunto en la *seccion* 1. al hablar de las probanzas en general.

Dos testigos contestes hacen plena probanza.

25 De dos testigos de vista, pues no hablamos aquí de testigos de credulidad, opinion ó juicio, que nunca prueban mas que las razones, en que se fundan, resulta probanza plena, como se dixo ya en la seccion citada. Esto se entiende, quando son contestes, como allí mismo se previno, ó quando declaran ámbos una misma cosa sin discrepancia, porque no siendo contestes, léjos de fortalecerse unas declaraciones con las otras, se destruyèn recíprocamente: con todo algunas hay, que, aunque sean singulares ó únicas, se adminiculan.

Quando la diversidad de la declaracion impide ó no el que sean los testigos contestes.

26 Para dar alguna idea de esto, que es punto muy interesante, me parece que pueden distinguirse tres casos, en que puede recaer la disputa de si los testigos son contestes ó singulares, que así los llaman quando la deposicion sobre un punto es no mas que de un solo testigo, siendo la de los demas diversa. Esta diversidad puede ser de tres maneras: la una de suerte, que la diversidad de un testigo destruya la deposicion del otro por ser contraria, y no poderse compadecer una cosa con otra, como en el caso de los viejos, que acusaban á la casta Susana, de los quales un testigo declaraba haberla visto hablar con el pretendido adúltero deba-

xo de un árbol, y el otro debaxo de otro, segun consta del *cap.* 13. *de Daniel*: en este caso no deben hacer fe ninguna ó probanza los testigos, ni aun semiplena, porque la que corresponde á cada uno de los dos testigos se destruye reciprocamente por el otro; y tiene lugar la excepcion del evangelio contra los acusadores y testigos en la causa de Jesu-Christo: *non erant convenientia testimonia eorum.* Puede tambien ser la diversidad de manera, que coadyuve y adminícule una declaracion á la otra, como si un testigo depone de un acto de posesion, otro de otro, ó quando un testigo dice, que vió á Pedro, que compraba un caballo á Pablo, y otro, que oyó del mismo Pedro, que le habia comprado: entónces los dos testigos no son contestes, sino diferentes con diversidad, que se adminícula, y coadyuva sin destruirse, haciendo aquel grado mayor de semiplena, que corresponde segun la regla puesta en la *seccion* 1.: y segun parece este género de diversidad, y reunion de deposiciones diversas, tiene principalmente lugar en aquellas cosas, que se forman de varios actos, como de partes integrantes, ó de hechos, que se dirigen á un mismo fin, ó de especies distintas, que forman un mismo género. Puede finalmente la diversidad ser de suerte, que ni se destruya, ni se adminícule la una á la otra: y entónces forma cada testigo la probanza semiplena, como se dirá despues.

Modo con que se puede suplir la falta de idoneidad de los testigos.

27 Otra qüestion se suscita sobre esta materia en quanto á los testigos inhábiles: pues lo que he dicho, que resulta probanza plena, se entiende de los que, no teniendo excepcion, ni tacha, que se les pueda oponer, son hábiles para merecer al juez toda la fe, que corresponde á un testigo. Parece opinion comunmente recibida por los autores la

de que la falta de idoneidad de un testigo se suple por otro testigo ó adminículo, que merezca por una parte la fe, que por otra quita la circunstancia, como de doméstico por exemplo ú otra semejante, que haga á un testigo inhábil. Fundan esto en la *ley* 6. §. 1. *Dig. de Edendo*, segun se puede ver en Cancér *num.* 86. *hasta el* 97. *de Testib.*, admitiendo tambien este autor, que con el número de testigos se suple la falta de idoneidad, y que tres testigos inhábiles hacen plena probanza, supliendo un tercero aquella falta, que padece cada uno de los otros dos. Parece claro, que esto solo puede tener lugar en los testigos respectivamente inhábiles en quanto á algunas personas ó causas, como ya se indica en el *num.* 93. *ibid.*: pues en los que lo son absolutamente, en especial en los que tienen conocida por todo derecho la incapacidad por falta de discernimiento y otras semejantes, no hay que suplir: no hay cosa consistente, á que pueda arrimarse el adminículo. Tambien parece, que solo puede entenderse, que se suple la falta de idoneidad de unos testigos con el número de otros, quando la tacha, que tienen, no destruye, ó no se opone á la hombría de bien, ó no influye en ningun mal concepto en quanto á ella, como quando se trata de súbditos, domésticos, parientes y otros semejantes.

En algunos negocios no basta la intervencion de dos testigos.

28 Lo que se ha dicho como doctrina principal de esta seccion, que dos testigos contestes hacen probanza plena, se entiende regularmente, sin quitar esto, que por razones particulares en algunos negocios mas expuestos á engaños, como se dixo en la *seccion* 1., se necesite de mayor número de testigos. En el testamento por derecho romano debian concurrir siete y en el inventario tres: en el

matrimonio desde el concilio tridentino, á mas de los dos testigos regulares debe concurrir el párroco, como testigo ilustre, si ya no es, que sea ministro segun la opinion de Cano, poco recibida en los tribunales. De este modo puede alguna vez en los estados no bastar el número de dos testigos para hacer plena probanza, quando las leyes nacionales por respectos particulares exîgen mayor número.

Un testigo solo no hace plena probanza si no está adminiculado.

29. Un testigo solo, por mas que no tenga tacha, y aunque sea segun el adagio antiguo, un Caton ó del órden senatorio, como dice la *ley* 9. §. 1. *Cod. de Testib.*, no hace plena probanza. Así lo sientan todos los autores, y entre estos Heineccio en la *Disert.* 17. *sylloge* 1. *de Lubricitate iuris iur. supl. num.* 9. *y siguientes*: pero hace semiplena probanza no teniendo tacha ni excepcion ninguna: teniéndola ni aun dos llegan á hacer uno, ó semiplena probanza, segun defiende Cancér *de Iuramento num.* 30. *hasta el* 33.: un testigo sin tacha adminiculado con otra probanza semiplena, como por exemplo la confesion extrajudicial, hace plena probanza: y así parece, que se ha decidido alguna vez en esta provincia segun Fontanella *dec.* 258., siendo esto muy conforme con la doctrina general de la *seccion* 1.

Excepcion de dicha regla en algunos negocios.

30. De la regla, generalmente establecida en quanto á no hacer un testigo plena probanza, no dexa de haber sus excepciones, como quando se trata de cosas, que no son de perjuicio de tercero, y solamente favorables á la parte, como de si es bautizado alguno, de si es clérigo, religioso ú doctor para varios efectos, que no dañan á nadie: lo mismo debe decirse quando se trata de personas autorizadas con algun empleo en todo lo relativo

á él, como los porteros, nuncios, pregoneros, para hacer relacion de haber dado los recados, y comunicado las órdenes correspondientes, los intérpretes para traducir en lengua vulgar los documentos, que estan en lengua desconocida, ó para cerciorar á las partes, que no se entienden por hablar diferente lengua, de la recíproca voluntad, y los corredores de cambio, para dar fe de los convenios, en que han corrido, proporcionando el contrato con su mediacion. Cancér *de Testib. num.* 11. *y* 12. dice, que solamente resulta plena probanza de los corredores quando hacen relacion por consentimiento de ambas partes, y no mas que semiplena, quando á instancia de una sola, porque el corredor puede excusarse, y solo debe ser obligado á declarar con consentimiento de entrambas partes. Los escribanos por consiguiente han de hacer plena probanza de las diligencias por ellos practicadas, y de todo lo que en su poder se actúa, en que no está prevenido, que intervengan testigos: tambien deben hacerla los secretarios, archiveros y otras personas encargadas de registros y papeles en las certificaciones de cosas de su cargo; los peritos en el oficio, como arquitectos, medidores de tierras, y otros en la cuenta y relacion, que se les manda hacer en lo perteneciente á su arte, y los profesores de cirugía y medicina por lo respectivo á sus facultades en la relacion de heridas y enfermedades: en estos casos, á no ser que se mande intervenir mas de un perito, la relacion de uno solo, en quien convienen las partes, ó que nombra de oficio el juez, debe gobernar.

De lo mismo.

31 Al testigo único, que depone de hecho propio, en que no tiene interes ninguno, ni aliciente de alabanza, ni temor de vituperio, ni le puede

resultar comodidad ó incomodidad directa ni indirectamente, dicen algunos, que se le ha de dar entera fe y crédito. Cancér *de Testib. num.* 70. *y* 71. no se inclina á dar en este caso tanta fuerza, como de plena probanza al testigo único: pero dice, que se le ha de dar mas fe, que á qualquier otro testigo sin tacha, ni excepcion, y que le coresponde un poco mas de semiplena, de manera, que si hay otras conjeturas, que le adminículen, ha de hacer probanza plena. En la *ley* 32. *tit.* 16. *part.* 3. se pone tambien la excepcion de hacer plena prueba el testimonio del emperador ó rey.

32 Algunos pretenden tambien, que un solo testigo prueba plenariamente contra el que le presentó, como que con el mismo acto de presentarle le aprueba: pero dice bien Cancér en el *cap. de Testib. num.* 72. *y* 73., que en dicho caso solo se puede tener como aprobada por la parte la persona y no los dichos del testigo. La confesion de la parte, segun lo arriba dicho, es declaracion de uno solo, que hace probanza plena por las razones allí indicadas: y puede ponerse aquí en algun modo, como excepcion de la regla, de que hablamos.

Reglas para preferir las declaraciones de unos testigos respecto de otras.

33 Hasta aquí he tratado de los testigos con relacion entre sí quando son presentados por una parte. Si se cotejan los de una parte con los de otra, y son contrarios entre sí, como suele suceder, ha de averiguarse quiénes son los que hacen la probanza, ó determinan al juez á preferir sus dichos. Entónces tiene lugar lo que dice el jurisconsulto en la *ley* 3. *Dig. de Test.*, con la qual concuerda la 40. *tit.* 16. *part.* 3., que el juez debe pesar la autoridad y fe, que se merecen unos y otros, y juzgar segun las declaraciones de aquellos, que le hicieren mas fuerza. Es justo que la haga mayor lo que en igual-

dad de circunstancias tiene mas número de testigos, ó lo que tiene á su favor la verisimilitud legal, ó la inteligencia, ó la nobleza ó qualquier otra circunstancia, que haga mas dignos de crédito á los testigos, debiendo ser mas creidos los que profesan pericia en algun arte en lo respectivo á él, que los que no la tienen; y las personas respetables por sus circunstancias, que las que no tienen particular recomendacion, los que solo deponen sobre una proposicion afirmativa que los que se arroján inconsideradamente á declarar negativas indeterminadas é improbables por lo comun: dice Peguera *Práct. crim. cap. 12. §. 7.*, que por este solo motivo algunos magistrados han arrestado á testigos en causas criminales.

Para hacer fe el testigo debe ser presentado en juicio.

34 Para formar la probanza, de que se ha tratado, ya sea plena, ya semiplena, mayor ó menor, aunque se ha dicho en otra parte, es menester repetirlo aquí, que deben recibirse las declaraciones de los testigos dentro del juicio del modo, que se ha explicado en el *cap. 7. sec. 1. art. 1.*

De las informaciones ad futuram rei memoriam.

35 Alguna vez para memoria de hechos, que no se pueden justificar despues, se presentan testigos delante de algun juez, como si se teme la muerte ó ausencia de algunos, que pueden declarar, no estando aun abierto el juicio. En este caso es justo, que se reciba la informacion con citacion de la parte, que puede considerarse interesada, ó de la persona, que represente al pueblo, como de los síndicos, al tenor de lo que se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 12. sec. 1. art. 5.* En la *decis. 9.* y en la 10. de las de Amigánt *hasta el num.* 34. se trata de estas informaciones, que llaman *ad futuram rei memoriam*, para la defensa de los reos, de los requisitos, que han de tener, y de la fe,

que se merecen. En la *Cur. Filip. Juic. civil.* §. 17. *num.* 7. se dice, que los testigos presentados ántes de la contestacion del pleyto hacen fe quando son viejos ó enfermos, y se teme de su muerte, ó estan en camino para hacer ausencia, en que hubiere gran tardanza, ó fuere en duda su venida: entónces dice, que hacen fe citada la parte, si pudiere ser habida, ó poniendo pleyto dentro de un año.

Sobre si los testigos presentados en una causa pueden hacer fe en otras.

36 De lo que dice Cancér de *Testib. num.* 102. *hasta el* 105. y del *cap.* 11. *de Test.* parece, que los testigos presentados en una causa han de hacer fe en otra: y del *n.* 49. del mismo autor *ib.* parece, que los testigos, que han declarado delante de árbitros, los quales ya vienen á ser jueces, hacen fe, y que, si fueren todavía vivos los que se presentáron ante los árbitros, pueden á instancia de parte ser obligados á declarar ó ratificar segunda vez sus dichos, á no ser que las partes se hubieren expresamente convenido en dar entera fe y crédito á dichas deposiciones en qualquiera causa y delante de qualquiera juez. En este caso no es necesario nuevo exâmen ó ratificacion.

SECCION IIII.

De los instrumentos, de la graduacion de prueba, que de ellos resulta, presunciones á su favor, y de las excepciones, que pueden oponerse contra ellos.

Qué es lo que se entiende en nombre de instrumento.

1 Otra especie de probanza muy comun y corriente en los juicios es la de los instrumentos, de los quales corresponde tratar ahora, supuesto que ya se ha dicho todo lo que pareció conveniente en

quanto á testigos. Instrumento, dexada la general significacion, con que se indica con este nombre qualquiera cosa, de que nos valemos para hacer otra, significa todo lo que sirve para instruir la causa: y en este sentido los testigos son tambien instrumento, *ley* 1. *Dig. de Fide instrum.*, *cap.* 4. *de Testib. cogendis*: pero esta significacion es demasiado general; y no es la que comunmente entienden las gentes, los jurisconsultos y las leyes, ni la que debo comprehender aquí con el nombre de instrumento. Este pues, por lo que se entiende generalmente, y por lo que toca á esta seccion en particular, es la escritura hecha para memoria y prueba de lo que ha pasado, *ley* 4. *Dig. de Fide instr.*: y es tan necesario en la república, como que sin él no quedaría memoria ninguna de los pactos, contratos y últimas voluntades de los hombres; ninguna de los bautismos, matrimonios, muertes, entierros, colacion de órdenes, solemnidad de votos; ninguna de los decretos, sentencias, edictos, ordenanzas, leyes, tratados de paces y garantías, en que se apoya el estado.

Diferentes especies de escrituras públicas.

2 Qualquier instrumento es público ó privado, subdividiéndose el primero del modo, que verémos luego. Público instrumento ó pública escritura es la que está autorizada con fe pública por persona destinada por el estado para dar fe ó cuenta y razon de alguna cosa, guardándose en ella las formalidades prescritas por derecho. De esta manera son escritura pública los padrones de las personas, ó haciendas para las contribuciones públicas, y en tanto grado, que segun la *ley* 10. *Dig. de Probat.* merecen mas fe, que los testigos: lo son las apocas públicas, de que se habla en el título del Código de *Apochis publicis*, y todos los re-

gistros públicos, segun consta de la *ley ult. Cod. de Re iudic.*, indicándose allí la razon de todo lo que vamos diciendo; esto es, que no es justo, que con la muerte del encargado de la averiguacion ó descripcion de las cosas perezca la fe publica. En conformidad á esto en el *cap.* 22. de la instruccion de 21 de octubre de 1768, acomodada á todo el reyno con el *cap.* 14. de la cédula de 13 de agosto de 1769, se dice, que los libros de fechos de alcaldes de barrio han de hacer fe. En la *Cur. Filip. lib.* 2. *del Comer. terr. cap.* 8. *num.* 9. *hasta el* 16. se dice, que los libros de los oficios públicos, los de iglesia y pueblos antiguos, los de depósitos públicos, los de contrastes y fieles públicos, los de corredores, los de contadores, administradores y cobradores de la hacienda real hacen plena fe, como tambien las certificaciones de los respectivos oficiales, salvo en lo que resultare á favor de los que escribieren ó regentáren las escrituras, no pudiendo en este caso hacer fe, como tampoco la haria un instrumento de escribano hecho á su favor. Por la misma regla los libros de bautismos, matrimonios y muertes de los párrocos, deben reputarse escrituras públicas. Lo son tambien las escrituras de archivo público, *autentica Ad haec* del título del *Codigo de Fide instrum.* Los libros antiguos de los monasterios de esta provincia, especialmente si concurren adminículos, hacen plena probanza, Romaguera *ad Synod. Gerund. lib.* 5. *tit.* 12. *cap.* 9. *num.* 38. *y siguientes.* Finalmente es ó son escrituras públicas, y hacen plena probanza los instrumentos otorgados en poder de escribanos públicos, y hechos con las debidas formalidades: esta especie de prueba es tan corriente y comun en los tribunales, como la de los testigos.

3 La escritura pública debe subdividirse en original y copia: y en explicar esta division se me ofrece un embarazo, viendo la diferente significacion, que se da al nombre de original en esta y en las demas provincias del reyno ó en el derecho de Castilla. En Cataluña entendemos comunmente ser escritura original la que en las leyes romanas se llama *auténtica*, *ley 2. Dig. de Fide instrum.*, *ley ult. Testam. quemadm. aper.*, esto es la primera escritura, de que se sacan despues las copias, como los mismos registros públicos, de que arriba se ha hablado, el proceso ó los autos de qualquiera causa civil ó criminal, y el protocolo, en que el escribano va poniendo por su órden de tiempo todas las escrituras otorgadas ante él: traslado ó copia entendemos ser lo que en las leyes romanas se llama *exemplum*, como se puede ver en la 2. citada, esto es el escrito sacado fielmente de lo que he dicho entenderse por original: esta copia puede ser en forma probante, que comunmente llamamos tambien auténtica, usando de esta voz en otro sentido del que he explicado de las leyes romanas, subscrita por la persona pública, á quien corresponde, con las solemnidades prevenidas por leyes y de costumbre, dándose por la misma fe de estar el traslado conforme con el original, ó con el registro de su cargo, ó de que en el registro de su cargo está lo que allí se expresa. En el diccionario de la lengua castellana en la palabra original se lee lo siguiente: *original, usado regularmente como substantivo; se toma por la primera escritura, composicion ó invencion, que se hace ó forma, para que de ella se saquen las copias ó modelos, que se quisiere.* Segun esta explicacion de la palabra original bien parece, que debieramos llamar original con mas

Explicacion de lo que se entiende en nombre de registro, de original y de copia ó traslado.

propiedad á la escritura puesta ó hecha protocolo del escribano, que á la copia sacada de él. Con todo veo, que no estan en esto conformes los autores de Castilla, ni las leyes.

4 D. Miguel Manuel y D. Ignacio Aso en las *Instituciones del derecho de Castilla lib.* 3. *tit.* 7. *cap.* 4. §. 2. dicen, que escritura original es la que se saca inmediatamente del protocolo. Salazar *Práctica parte seg. Juic. ordinario pag.* 173. distingue registro, original y traslado: el primero dice ser la escritura matríz, que queda en poder del escribano: el segundo la copia, que se da por el escribano, ante quien se otorgó, y el tercero la copia, que se saca del original, diciendo de éste, que es necesario que se dé con citacion de parte, para que haga fe en juicio. Lo mismo que en Salazar se lee en la *Curia Filípica Juicio civil* §. 17. *num.* 31. citándose leyes de Partida y Recopilacion. En quanto al original dice, que no hace fe sin citacion de parte sino quando esté autorizado por el mismo escribano, ante quien pasó la escritura, y no por otro, aunque sea el sucesor en el oficio, salvo si se le entregáron los registros, papeles y protocolos por autoridad de juez competente. De este modo por la *ley* 24. *tit.* 25. *libro* 4. *Rec.* se han de entregar las escrituras rubricadas al sucesor. En la instruccion de hipotecas de 14 de agosto de 1767, inserta en la pragmática de 31 de enero de 1768, se dice en el *cap.* 3., que el instrumento, que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primera copia, que diere el escribano, que le hubiere otorgado, que es el que se llama *original.* Estoy en que la acepcion de la palabra original en este sentido se derivará del *cap. ult. de Fide instr.*, en donde se le da esta significacion, aunque allí parece, que se habla de instrumento

antiguo, y de caso de faltar registros públicos, ó de otros semejantes, en que la primera copia tiene veces de registro ó de matriz, pudiendo sacarse de ella copias, que mediante la citacion de parte hagan fe en juicio.

5 De todo lo dicho se vé, que segun las leyes y el modo de explicarse de los autores de Castilla no se llama regularmente original el registro y protocolo, sino la primera copia sacada en forma probante de él: y desentendiéndome del modo, con que he dicho, que en esta provincia, y en algunas otras partes se usa del nombre de original, distinguiré, acomodando mi explicacion á la práctica de Castilla, las escrituras públicas en registros, originales y copias ó traslados auténticos, ó fe hacientes, dando al mismo tiempo, ántes de hablar de los registros, alguna noticia de lo que llamaban *aprisias* en esta y en algunas otras provincias.

6 Antiguamente nuestros escribanos escribian los contratos y obligaciones de las partes en notas, apuntaciones y papeles sueltos, que llamaban *aprisias*, para extenderlos despues en el protocolo: y de aquí se han originado muchas dudas en casos de discrepar entre sí las aprisias y las escrituras extendidas despues en el protocolo, ó de no quedar memoria sino de las primeras: sobre esto puede verse á Cancér de *Instrum. edit. num.* 16. *hasta el* 20. y los autores, que allí se citan. Tambien acostumbraban los escribanos en ésta y otras provincias extender en el protocolo las escrituras, poniendo con ceteras las cláusulas de estilo: y para llenar dichas cláusulas, ó entender lo que significan quando ocurre duda, se han de estudiar los autores prácticos, y oir los peritos en la profesion de escribanos. Aunque en el dia está todo esto prohibi-

do, habiéndose prescrito una suma formalidad en esta parte, como puede verse en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51., de que descuidarian nuestros mayores por la exûberancia de la buena fe en tiempos antiguos, con todo, como suelen suscitarse pleytos sobre cosas de tiempos pasados, quedando de los hechos antiguos solamente justificaciones en el modo referido, no me ha parecido fuera de su lugar una ligera insinuacion sobre este asunto.

7 En tres especies pues se divide el instrumento. *Registro es*, se dice en el *Juicio civil de la Curia Filípica* §. 17. *num.* 31., *la escritura matríz, que se otorga, que queda en poder del escribano, cuya introduccion y uso es para estar en guarda por forma de que se saque, y transcriba el original, y determinar por ella las dúdas, que en él se ofrecieren, segun unas leyes de Partida y Recopilacion.* De este modo el protocolo, en donde se extienden las escrituras de los particulares, los procesos en donde se continuan las diligencias y actos judiciales, son registros, como puede verse de la *ley* 12. *y* 16. *tit.* 25. *lib.* 4. *Rec.* *La escritura, que se saca de esta matríz*, se dice en el *num.* 31. citado, *es el original, que hace fe, siendo autorizada del escribano, ante quien pasó, y no por otro, aunque sean ciento, sino es con autoridad de juez y citacion de parte, y procede, aunque sea el sucesor en el oficio del ante quien pasó, y su heredero, salvo si le fuéron entregados los papeles, registro, y protocolos del antecesor por autoridad de juez competente, que entónces los puede autorizar sin ella, ni citacion de parte, como consta de una ley de la Recopilacion, y lo dicen etc.* De este original, dice el mismo autor, *se saca el traslado, el qual no hace fe, si no se saca con autoridad de juez, y citacion de parte, segun una ley de Partida, y su glosa de Gre-*

gorio Lopez, salvo sacándole el mismo escribano, ante quien pasó: pues tanto es, como si se sacare del registro.

8 Toda escritura pública, comprehendida en èl nombre de matríz ó registro, hace plena fe y probanza en juicio, *ley* 10. *Dig. de Probat.*: no verificándose esto no habria forma ni medio de conservar para los tiempos venideros la justificacion de los hechos, que deben fundar el derecho de las partes, y que les corresponde por razon de testamentos, contratos ú otras obligaciones, habiendo ya sabiamente providenciado los legisladores, que hubiese mas formalidades en donde se corriese mayor peligro de adulterar las escrituras ó fingirlas, como en todos los instrumentos de últimas voluntades, contratos y obligaciones hechas por las partes, en órden á las quales se piden todos los requisitos explicados en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51., de modo, que segun lo dicho en la *sec.* 1. *num.* 11. el instrumento ha de hacer mayor ó igual probanza, que dos testigos. *El registro hace plena fe.*

9 El original puede sacarse por partes. Segun la naturaleza de las cosas y causas no es menester presentar por entero todas las escrituras públicas, sino la parte ó artículo relativo al punto, de que se disputa, si aquel basta para instruir al juez, y no se controvierte de otra cosa, *ley* 10. §. 2. *Dig. de Edendo*, *cap.* 5. *de Fide instrum.*, *ley* 113. *tit.* 18. *part.* 3. Este original, ya sea de toda la escritura ó de parte de ella, estando en forma probante, esto es subscrito con la firma, signo ó sello, segun la costumbre y ley, que hubiere en la oficina ó escribanía, de la persona pública respectivamente encargada de los registros, hace plena probanza en juicio, como queda notado en lo mismo, que se *Tambien la hace el original, y puede sacarse por partes.*

ha dicho al describir lo que es instrumento, aunque solo se haya allí hablado de escribano con relacion á los casos, que mas freqüentemente ocurren: pero lo mismo debe entenderse de las primeras copias relativas á otros registros, con tal que se libren por las personas públicas, que los tienen á su cargo, como quando un párroco da certificaciones de bautismo, matrimonio y muerte, ó un archivero y secretario de las cosas de su secretaría y archivo. Siendo esta copia fiel, como debe serlo, y tenerse por tal certificándolo la persona pública respectivamente encargada, merece la misma fe y crédito, que el registro ó la matríz: y, no siendo posible presentar el mismo registro, no hay otro medio expedito para el curso de las cosas, tanto gubernativas, como contenciosas, que el de sacarse en forma probante estas copias, que llamamos originales. Esta necesidad de copias la indica la *ley* 24. *Dig. Qui testam. facere possunt*, y la prueba el estilo general.

tambien la hace el traslado sacado con citacion de parte.

10 En quanto á las dos especies explicadas de instrumentos no hay duda ninguna, que han de hacer fe y probanza plena en juicio: y permaneciendo el registro es expedito el obrar á qualquier interesado, presentando dicho original, y acudiendo al registro á sacar otro, siempre que convenga: pero, quando se trata de cosas muy antiguas, puede haberse perdido el registro: y en este caso, y en el de hallarse ausente el interesado y á mucha distancia del lugar, en donde está el registro, y en otros casos, puede quedar embarazada la parte en el uso de su derecho, si del original que tiene no se puede sacar traslado, ó copia en forma probante. En estos casos por el *cap. últ. de Fide instr.* está generalmente recibido, que pueda sacarse copia: pero, para

hacerse de modo que merezca fe, debe presentarse al juez el original, á fin de que viendo éste, que no está viciado, ni tiene defecto, mande dar la copia correspondiente, que es lo que previene el *cap. ult. de Fide instrum.*: tambien se previene allí mismo, que se ha de citar la parte, en quien se pueda considerar interes: y esto es puntualmente lo mismo, que se advierte en el *num.* 31. §. 17. del *Juic. civ.* de la *Cur. Filip.*, resultando de todo lo dicho, en lo que estan acordes Covarrubias *Pract. quaest. cap.* 21. *num.* 4. *y* 5., Cancér de *Privileg. num.* 236. *hasta el* 239. y todos los autores, que el instrumento, que llamamos traslado, en ninguna parte hace plena probanza, sino quando se ha sacado con autoridad de juez y citacion de parte.

El traslado de original sin dicha citacion hace fe en Cataluña en los que llaman transumptos.

11 En Cataluña, segun consta del lugar citado del mismo Cancér, hay el estilo de sacarse traslados de instrumentos originales por un escribano, subscribiendo otros dos como testigos de la copia, que se saca, y afirmando todos, que corresponde dicho traslado con el instrumento original, de que se saca, y de estar dicho original en forma probante, ó auténtica, sin hallarse cancelado, ni defectuoso en parte ninguna. Comunmente se dice por nuestros autores, que los escribanos de esta provincia son *jueces cartularios*: y á los *transumptos*, que así llaman á los traslados sacados de este modo, se les da la misma fe, que en otras partes á los que se sacan con intervencion del juez y citacion de parte.

12 Á mas de la fuerza indicada, que se da por leyes á la escritura pública, los que tienen cláusula guarentigia obran el efecto, de que el acreedor pueda desde luego instar la execucion en la persona y en los bienes del deudor en los términos, que se verá en el *tit.* 3. *cap.* 2., en donde se

hablará de quáles sean dichos instrumentos.

Sobre si la falta de algun requisito en el instrumento se pueda suplir.

13 Lo dicho hasta aquí de los registros, originales y traslados, que hacen probanza plena, ha de entenderse quando estan con las formalidades prescritas por derecho: pues faltando alguna no hacen plena probanza, *ley* 17. *Cod. de Fide instrum.* Con todo Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 1. *n.* 32. dice, que el instrumento, en que falte algun requisito muerto el escribano hace semiplena probanza y plena tambien, si consta, que lo que se contiene en el instrumento se puso en execucion, y tuvo su observancia, supliendo, como parece justo entónces, la adquiescencia ó observancia de las partes el defecto del instrumento. Esto de poderse suplir el defecto del instrumento solo puede entenderse en los casos, en que del modo, que prescriben la formalidad las leyes, no resulte pena ó vicio de nulidad.

Presunciones de verdad y solemnidad á favor de las escrituras.

14 Á favor de las escrituras públicas ó de los instrumentos dan las leyes, á mas de la fuerza de plena probanza, dos presunciones: la una, que llaman de verdad, esto es de ser verdadero todo lo que se dice hecho en el instrumento, §. 11. *de Inutil. stipul.*, siendo esto consiguiente al efecto de plena probanza: y la otra, que llaman de solemnidad, esto es, de que las cosas, de que se trata en dicho instrumento, se hiciéron con todas las solemnidades y requisitos prescritos en negocios semejantes á el de que se trata en la escritura, aunque no se diga esto expresamente, *ley* 30., *ley* 134. §. 2. *Dig. de Verb. oblig.*, *ley* 14. *Cod. de Contrah. stip.*, §. *ult. Inst. de Fideiuss.* Por esto defiende Cancér en el *tit. de Tutor. n.* 123. *y* 124., que, quando se trata de enagenacion hecha por tutor, aunque no conste de ella el decreto del correspondiente

magistrado, ha de suponerse, que le hubo despues de treinta años: término, que algunos restringen, y otros ámplian, dexándolo Cancér á arbitrio del juez, y no admitiéndole él sin haber á lo ménos pasado dicho tiempo. La referida presuncion obra el efecto, de que, no impugnándose lo contenido en tales escrituras con manifiestas y evidentes razones, como seria la plena probanza, de que en el dia, que reza la escritura, las partes estaban ausentes del lugar, en que se dice haberse hecho alguna cosa, han de ser del todo creidas: *disposuimus*, dice Justiniano en el §. 11. *de Inutil. stipul.*, *tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in alíis locis fuisse.*

Dichas presunciones no se extienden á las enunciativas.

15 La presuncion de verdad y solemnidad, y toda la eficacia de la prueba, que resulta de qualquier instrumento, debiendo esto acomodarse generalmente á toda escritura, aunque no acostumbre comprehenderse en nombre de instrumento, es ceñida á lo que dice haberse hecho, ó á lo que reza el instrumento, como hecho por la persona ó personas, de que se trata: pero no se extiende á lo que solo se dice con relacion á otro, como si se hace memoria de algun instrumento, ó se dice alguna otra cosa con expresiones, que llaman los autores *enunciativas*, esto es, palabras, que enuncian cosas hechas en otra parte ó tiempo, y no dispositivas, ó que comprehendan la disposicion, de que habla la escritura, *novela* 119. *cap.* 3., *ley ult. Dig. de Probat.*

Solo se ex—

16 Quando se trata de cosas muy antiguas, co-

tienden quando se trate de tiempo antiquisimo.

mo de cien años ó mas tiempo, tambien se da segun la naturaleza del asunto plena fe y efecto de plena probanza á estas proposiciones enunciativas: puede esto verse en Mascardo de *Probat. tom* 1. *conclus.* 106. con algunas limitaciones y ampliaciones.

Las escrituras pasando de una provincia á otra deben legalizarse.

17 En el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51. ya se han explicado las circunstancias y requisitos, que deben tener todas las escrituras públicas: me remito á dicho lugar en órden á esto: y solo advierto, que, para que haga fe la escritura, no solo se estila presentarla con la subscripcion y signo del escribano, ú de otras personas encargadas de registros públicos, sino que quando pasa la escritura de una provincia á otra de nuestro reyno, á fin de hacerse uso de ella en los tribunales, se legaliza: esto consiste en subscribirse dos ó tres escribanos públicos al pie del instrumento, dando fe con su firma y signo, de que el escribano, que autoriza la escritura, lo es con autoridad pública y real, y que á sus escrituras se da entera fe y crédito en juicio y fuera de él.

Qué requisitos deben tener las que vienen de fuera del reyno.

18 En quanto á las escrituras, que vienen de fuera de reyno, se ha de estar al estilo y leyes del lugar, de donde viene la escritura: y por el tenor de otras, que se hayan presentado en el mismo tribunal, como en los de consulados y marina sucede infinitas veces, es fácil guiarse al juez y á las partes, valiéndose en casos de duda de los cónsules ó personas fidedignas, que esten respectivamente instruidas de las formalidades, que deben tener los instrumentos y escrituras de la respectiva nacion. En la gazeta de Madrid de 5 de diciembre de 1783 se lee, que S. M. á consulta del Consejo de Ordenes Militares de 9 de octubre del mismo

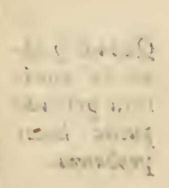
año aprobó un auto acordado del mismo Consejo, por el qual se dispone, que ningun caballero, ni freyle de las mismas órdenes, comisionado para pruebas de extrangeros en la Corte de España, admita certificacion, acto positivo, ni documento alguno de fuera del reyno, que viniere sin atestado ú otro igual resguardo del embaxador, ministro encargado de negocios, cónsul ú otra persona pública, que represente á nuestra nacion en aquellas partes, por donde conste de la sinceridad é integridad del instrumento, y de estar librado en la forma allí usada, y que esto ha de expresarse por el Secretario de la interpretacion de lenguas al pie de la traduccion, que se hace de tales instrumentos. Para quien le interese en qualquier asunto hacer venir alguna escritura en forma probante, y de modo, que no se pueda poner ninguna duda; es este un excelente medio.

Quando se pueden probar por testigos las escrituras.

19 En caso de haberse perdido por incendio, ú otro accidente semejante los registros, originales ó traslados, puede hacerse mérito de ellos por medio de testigos, que declaren la existencia anterior y vista de dichos instrumentos, *ley* 57. *Dig. de Administratione tutorum*, *ley* 11. *Cod.* en el mismo título.

En dónde y cómo pueden redarguirse de falsas.

20 No obstante todo lo dicho de la fuerza de la escritura, ó instrumento público, hallo una cosa particular en la *ley* 115. *y* 116. *tit.* 18. *part.* 3., esto es, que, oponiendo la parte, que el que se dice haber hecho escritura pública, no era escribano público, y jurando, que no lo dice maliciosamente, debe el que la presentó en juicio justificar lo contrario, no haciéndose mérito del instrumento, sino lo prueba. De aquí habrá nacido el estilo corriente, con que en los tribunales de Castilla, redargu-



yéndose civilmente de falsos los instrumentos, queda obligado el que los presentó á comprobarlos no haciendo fe en otra forma. Esta regla tiene alguna limitacion, como en originales de escribano, ante quien ha pasado la escritura y en traslados antiguos, sobre lo que pueden verse los autores, que tratan de esta materia bastando aquí el indicarla.

Qué es lo que se comprehende en nombre de escritura privada.

21 Escritura privada es la que se hace por mera voluntad de particulares sin afianzarse en ninguna autoridad, ó persona pública, como el vale firmado de propia mano, con que alguno confiesa deber á otro, el reconocimiento, con que expresa el acreedor haber cobrado alguna cantidad, que es la apoca, *ley* 19. *Cod. de Fide instrum.*: regularmente no usamos de esta voz apoca, por lo menos en Cataluña, sino quando el recibo está formado con instrumento público por escribano, y es lo que llamamos carta de pago: tambien hay antapoca, de que habla la misma *ley* 19., que es una escritura privada, con la qual el deudor se reconoce obligado á alguna cosa, confesando haberla hecho para diferentes fines, que pueden convenir al acreedor: puede formarse de ella, como de todas las demas, escritura pública, si se hace con las debidas solemnidades en poder de escribano. Los libros de cargo y data, de cuenta y razon de qualquiera particular, y por fin qualquier escritura, formada por particulares en calidad y concepto de tales sin tener autoridad para perpetuar la memoria y prueba de los hechos, ha de ser escritura privada.

Quándo y cómo la escritura privada puede hacer probanza.

22 La escritura privada no puede hacer fe en juicio á favor del que la hizo, ni plena, ni semiplena probanza, como consta de las *leyes* 5. 6. *y* 7. *Cod. de Prob.*, y de la razon natural, en que estas leyes se fundan, en la qual por ser tan clara

no me detengo: con todo, si la parte contraria la hubiere presentado, queriendo valerse de ella en juicio, dicen, que hace plena probanza, como parece justo en dicho caso, por suponerse aprobada, y que la aprobacion da la fuerza, que en otro modo no tiene la escritura. Parece tambien inferirse esta excepcion de la *ley* 17. *Cod. de Testib.*: y por la 5. *Cod. de Probat.* parece, que igualmente pueden probar estas escrituras, hallándose adminiculadas: mejor puede decirse, que ellas pueden servir de adminículo, no llegando á prueba semiplena, como se dirá despues.

23 La escritura privada contra el que la hizo hace plena fe, segun se infiere de la *ley* 13. *Cod. de Non numer. pecun.*, de la *ley* 11. §. 1. *Dig. de Interrog. in iur. fac.*, de la 26. §. 1. *y* 2. *Dig. Depositi vel contra*, y de la 1. *tit.* 18. *part.* 3., debiendo esto entenderse, ó ya sea firmada la escritura por él mismo, que se obliga, ó por otro con su consentimiento, como parece de lo que dicen Cancér *de Campsor. num.* 4. y Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 6. *glos.* 3. *part.* 7. *num.* 1. *hasta el* 5. Parece que la natural equidad ó justicia exîgen lo dicho, y que el que hizo la escritura no se resista á su propio dicho: la fuerza de plena probanza, que damos á dicha escritura, ha de reducirse, como es manifiesto á confesion de la parte, suponiéndose verificada en juicio la firma, y que no se dude de ella, *ley* 119. *tit.* 18. *part.* 3. Aunque al hablar de la confesion extrajudicial, no dimos á esta mas fuerza, que la de probanza semiplena; no ha de embarazarnos el argumento, que por comparacion puede hacerse contra la eficacia de probanza plena, que damos á la confesion extrajuicial en una escritura privada: pues nadie puede negar, que ha de ser

la hace plena contra el que la hizo.

muchísimo mas deliberada que la otra confesion la que se hace por escrito, y con el mismo fin de subministrar con ella una prueba al acreedor: éste, no teniendo resguardo de escritura privada á su favor, instaria mas la cobranza de su crédito; y con la seguridad de tener en dicha escritura una plena prueba, descuida, y muchas veces cede de la execucion, con que apretaria al deudor no hallándose con dicha ventaja. Además, por lo que está generalmente recibido para la expedicion del comercio, y autorizado en todas las leyes romanas, la voluntad de los contrayentes manifestada en cartas en estas mismas siempre persevera: y lo propio debe ser en qualquier escritura privada hábiando ella, y como conservando la voluntad de quien la hizo miéntras dura la escritura, y quando llega á las manos del acreedor y del juez: por lo mismo debe tener la misma fuerza, que la confesion hecha en presencia de acreedor y juez, esto es de probanza plena.

pero para hacerla debe expresar la causa de la obligacion.

24. Pero, para que se dé dicha fuerza á la escritura privada, es menester, que en ella se exprese la causa de la deuda de que procede, como de venta ó de otro título semejante, graduándose las escrituras, que no la expresan, de inconsideradas é indignas de aprecio, *ley* 25. *in fine Dig. de Probat.*, *ley* 13. *Cod. de Non numer. pec.*: se suponen hechas semejantes escrituras sin título ni causa de obligacion; y sin esta no se da eficacia de obligacion en derecho. Esta última razon obliga tambien á decir lo que sienta Cancér de *Campsor. numer.* 13., esto es, que tampoco tiene eficacia la escritura pública, que contenga deuda sin expresion de causa. En algunas partes parece, que entre comerciantes está recibido, que tanto si contienen

causa, como si no la contienen, tengan las escrituras privadas la misma fuerza. En los instrumentos guarentigios no parece, que sea necesario expresar la causa de la obligacion según Cancér *de Instrum. guar. num.* 74., porque debe tenerse la confesion de dicho instrumento, como si estuviese hecha en juicio, en el qual nunca se entiende hacerse la confesion sin causa de alguna deuda ó obligacion, aunque no se exprése.

25 En algunos casos no basta expresar la causa de la deuda, como en el mutuo, en el qual por el principio del título *de Instituta de Litterarum obligationibus* y por el título del Código *de Non numer. pec.* está prevenido, que el vale hecho por el deudor con dicha causa tenga contra sí por espacio de dos años la excepcion, de no haberse entregado lo que se dice recibido en préstamo. Esta excepcion se llama *non numeratae pecuniae*: y contra la naturaleza de las demas excepciones carga al acreedor la obligacion de probar, *ley* 3. *Cod. de Non numer. pec.* Este derecho particular en el préstamo se origina de la facilidad, con que los pobres necesitados se precipitan á enviar recibos con cartas ó criados, ó á darlos por sí mismos á los sugetos de quienes piden, con la esperanza de que se les dé la cantidad, que solicitan, y de que con la misma entrega del recibo se muevan los ricos y pudientes á prestar el dinero. Como las escrituras no son las obligaciones, ni causas de ellas, sino únicamente pruebas, es justo, que quando alguna tenga contra sí alguna poderosa presuncion de derecho, como es la referida, no se le dé la misma fuerza, que se debe dar á otras.

aun con expresion de causa no prueba en el préstamo.

26 En quanto á los libros de mercaderes generalmente está recibido, que hagan probanza semi-

Quándo y cómo hacen pro-

banza los libros de los mercaderes.

plena á favor del mismo comerciante, que los tiene, admitiéndoscle el juramento supletorio, de que se hablará despues. Heineccio tiene sobre esta materia una docta y juiciosa disertacion, que es la 15. *de la Sylloge* 1. *opuscul. var. De mercatorum, qui foro cesserunt, rationibus et codicibus*, en donde habla de este privilegio, que se ha ido introduciendo á favor del comercio, derivando su principio del siglo trece. Para que tenga él lugar, dice *ibid.* §. 19., que el mercader, de quien fueren los libros, ha de ser de los que tuvieren derecho para comerciar; que no se ha de sacar, rasgar, borrar, ni sobreescribir nada en dichos libros; que en caso de haberse padecido alguna equivocacion no debe ella notarse en la márgen; ni borrarse nada, sino advertirse en partida separada y limpia; que han de tener su título, prefacion ó principio, y sus folios numerados; que en el cargo y data se han de notar los dias; que no ha de haber abreviaturas ni cifras, debiendo escribirse ó extenderse todo con letras; que no se han de entremezclar en dichos libros cosas agenas del comercio; que estos libros, de que se trata, que parece se llaman mayores, han de concordar con el que llaman *diario*, en el qual sin órden ninguno, y así como lo lleva el curso de las cosas y del comercio, se pone todo lo que va ocurriendo, pasándose despues las partidas al libro *mayor*. Algunos quieren, que dicho libro ha de ser escrito de mano propia del mismo comerciante: cosa, que no tiene por necesaria Heineccio en el mismo lugar, porque el que hace las cosas por otro se entiende hacerlas por sí mismo: y conforme á la sentencia de Heineccio es la costumbre, exîgiendo lo mismo la necesidad del giro y expedicion del comercio, por no ser posible co-

munmente, que el comerciante pueda por sí mismo escribir los libros referidos, y correr y cuidar de otras muchas cosas. Lo que previene el mismo autor es, que faltando el encargado para llevar el libro mayor, y entrando otro en esto, se empiece libro nuevo, para evitar en uno mismo diferentes especies de letra.

27 Trata Heineccio en el §. 31. *ibid.* de si los libros de los judios pueden hacer la misma fe y probanza semiplena, como los de los otros christianos: por derecho civil y canónico dice que no: pero que la duda recae, en si en fuerza de costumbre debe darse tanta fe. Es en este asunto dicho autor mas escrupuloso de lo que suele ser en otros semejantes, no reprobando la opinion de negar á dichos libros la fuerza de probanza semiplena, y concediéndola unicamente en el caso de estar adminiculados con otro género de prueba para el efecto de semiplena. Es digna de ser leida dicha disertacion, de la qual ahora solo he de sacar, que dichos libros, teniendo los requisitos especificados, hacen semiplena probanza. Los libros de los que han quebrado con culpa es evidente, que no tienen dicha fuerza. Trata de estos libros tambien el *cap. 8. de lib. 2. del Comer. terr.* de la *Curia Filípica num.* 1. *hasta el* 9. *y* 20. *hasta el* 30.

De lo mismo, en quanto á los libros de los judios, y de los que hacen bancarrota.

28 Los libros de los tutores, administradores, y curadores, por lo que toca á los gastos de pequeñas partidas, en que las partes no suelen cautelarse con recibos y resguardos, defiende Cancér *de Tutor. num.* 100. *hasta el* 106. y otros, que mediante juramento del mismo tutor ó administrador, y supliendo la muerte la falta de juramento en caso de haber fallecido, hacen plena fe. Esto se habrá introducido, parte por la dificultad, gravámen é im-

Quándo y cómo la hacen los libros de los tutores, curadores y administradores.

posibilidad, que habria en llevar cuenta y razon justificada de todo, como de lo que se gasta diariamente para la manutencion, y parte porque redundaria la solicitud y precaucion en gravísimo perjuicio de los pupilos, menores y cuerpos, á cuya costa haria formar escrituras y justificaciones el administrador.

Necesidad de justificar la firma en las escrituras privadas.

29 La grande diferencia, que hay de las escrituras privadas á las públicas para el efecto de la probanza plena, ó semiplena mayor ó menor, que resulte de qualquiera escritura privada, ya sea á favor, ya contra el que la hizo, es la precision de justificar la letra por testigos, ó cotejo de letras, de manera, que conste con plena probanza al juez, ser la escritura privada, de quien se dice, ó que se hizo con su consentimiento y mandato: esto es por sí evidente, y lo advierte Cancér *de Campsoribus num.* 1. *hasta el* 7.: lo contrario sucede en las escrituras públicas, cuyas firmas, signos ó sellos son como el nombre y sello real de la moneda, que por sí misma sin testigos, ni pruebas que lo justifiquen, ya llevan su recomendacion y autoridad, como se dixo en el *libro* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *s.* 51.

De diferentes modos con que se puede justificar la firma.

30 Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 6. *glos.* 3. *part.* 7. desde el *n.* 1. *hasta el* 31. trata de la probanza ó justificacion de la letra de la escritura privada: dice, que puede hacerse de dos modos: el uno es por medio de perítos, que certificados con vista de ojos de una escritura, de que no se dude ser de letra de él, que se dice haber hecho la escritura privada, juzguen por el cotejo de las letras, si la que se controvierte es de la misma mano, que la otra, de que se tiene certeza: esta declaracion, con que los perítos mediante este cotejo de las letras juzguen ser ó no ser propia de quien se trate la escri-

tura privada, la tiene dicho autor por muy débil prueba y arriesgada, diciendo, que no se suele dar lugar á ella, sino subsidiariamente, quando no hay otros medios de probar: generalmente veo, que todos los autores desconfian mucho de este género de prueba: el otro modo de verificar la letra dice, que es por testigos, y que éste puede hacerse de dos maneras: ó declarando dichos testigos ser la letra de quien se pretende por conocerla, habiendo visto escribir otras cartas ó papeles de su letra á la persona, de cuya firma se trata, ó por testigos, que verfiquen la letra, ó afirmen ser de quien se dice, por haberle visto escribir, interviniendo ó hallándose presentes en la formacion de la misma escritura controvertida. El primer modo de justificar la letra los testigos es muy falible, segun el mismo Fontanella, por la semejanza de unas letras con otras, pudiendo engañarse de mil maneras los testigos, y por la habilidad, que tienen algunos de imitar el carácter y letra de otros. Los autores parece, que estan en bastante contradiccion, pretendiendo unos, que debe resultar de dichos testigos plena probanza y negándolo otros. Nuestra Audiencia parece, que ha seguido un medio término, el qual puede tener algun apoyo en la *Auth. At si contractus Cod. de Fide instrum.*, admitiendo este modo de justificar la escritura privada en cosas de poca monta quando hay otros adminículos, y exîgiendo en cosas graves y de peso la verificacion de letra por testigos, que afirmen haberse hallado presentes en la formacion de la escritura, haberla visto hacer ó subscribirla á la persona, de quien se trate. Puede esto verse con exemplos en Fontanella en dicho lugar y en Cancér *de Campsor. num.* 15. 16. *y* 17.

Excepciones que pueden oponerse contra las escrituras.

31 Demostrada ya la fuerza de los instrumentos ó escrituras concluiré con la explicacion de las excepciones, que pueden oponerse contra ellas. La falsedad es una de las excepciones mas principales contra escrituras, que puede oponerse y justificarse, ó por testigos instrumentales, declarando ó que no interviniéron en el acto, que dice el instrumento, ó que él se estipuló de otro modo de lo que reza la escritura, ó tambien por otros testigos, que justifiquen la falsedad del hecho, declarando por exemplo, que el que se dice haber convenido en cierto contrato en un dia estaba en aquel fuera de la ciudad ó poblacion, en donde se dice hecho ó firmado, *cap.* 5. *de Probat.*, *cap.* 10. *de Fide instr.*, *ley* 42. *Cod. de Transact.*, y *ley* 14. *Cod. de Probat.*: pero estos testigos han de tener mucha fuerza, y formar una probanza plena, porque para destruir la presuncion, que tiene á su favor qualquier instrumento público, se necesita de pruebas clarísimas segun la *ley* 14. *de Contrah. stipul.* Puede oponerse contra las escrituras la excepcion, de que no concuerda el original con la matríz ó registro, ó el traslado con el original: en estos casos pueden reconocerse las escrituras por perítos de órden del juez, ó por el mismo, ó con su presencia ó sin ella, para ver si estan del modo y forma, que rezan los originales y traslados. Son excepciones, que pueden hacer valer las partes á su favor, si la escritura fué simulada, segun todo el título del Código de Justiniano *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*; si se contradice; si contiene cosas inverisímiles; si está raspada, borrada, enmendada ó añadida especialmente en parte substancial; si falta en ella algun requisito de dia, mes, año, testigos, firmas, signo u otros seme-

jantes, y por fin todo lo que no esté arreglado á lo que dixe al hablar de los escribanos, archiveros y demas personas públicas, que pueden librar certificaciones en las cosas de su cargo, y al hablar de los instrumentos, distinguiendo bien los tiempos y lugares, porque en nuestra edad se han mejorado mucho en esta parte las cosas, y tomado algunas precauciones, que no habia de tiempo antiguo, por cuya falta no puede oponerse en el dia como tacha ó excepcion lo que no lo era en el tiempo, en que se hizo la escritura.

Quando se entiende que la parte renuncia á dichas excepciones.

32 Dichas excepciones pueden oponerse si la parte no hubiere renunciado á este derecho, como se entiende hacerlo tácitamente, si las aprueba: y por la sola presentacion en juicio se suele entender aprobada la escritura. Se ha disputado tambien entre nuestros prácticos, si no contradiciendo ó no reprobándose expresamente el instrumento presentado por alguna de las partes se entiende aprobado. Algunos dicen, que la cláusula general, con que de estilo las partes contradicen regularmente en los procedimientos judiciales á todo lo perjudicial, basta para impedir esta presunta aprobacion: sentencia, que me parece ciertamente verdadera: Cancér *de Instrum. editione num.* 15. *y* 16. la impugnó: pero despues mudó de dictámen en el *cap. de Procuratoribus num.* 166. Cortiada en la *decis.* 176. *num.* 34. defiende la primera sentencia de Cancér sin moverle la variacion.

SECCION V.

De las presunciones, su definicion, divisiones y graduacion de prueba, que de ellas resulta.

Qué cosa es presuncion.

1 Hasta aquí se ha hablado de probanzas, que pueden dexar clara, líquida, y puesta á vista de ojos la verdad, como puede estarlo por confesion del reo, por testigos, que interviniéron en el hecho, y por escrituras de personas, públicamente autorizadas por la suprema potestad para dar con ellas fe y memoria de lo que pasa á los venideros. Pero algunas veces sucede, que no hay oportunidad de semejantes probanzas: y es preciso entónces acudir á otra especie de pruebas, que llamamos presunciones. En nombre de presuncion entiendo una opinion ó juicio, formado de conjeturas, ó indicios sobre las circunstancias de la cosa, de que se trata, por lo que suele suceder freqüentemente en las demas de la misma naturaleza: esto es decir, que quando no puede constar clara y evidentemente lo que es, ó lo que fué, ha de juzgar el magistrado por lo que suele ser y suceder en casos de semejante naturaleza á él, de que se trata en el juicio, gobernándose el juez por las conjeturas é indicios, á que se da tanta fe, como á los instrumentos, segun la *ley* 19. *Cod. de Rei vindic.* y los títulos *de Probationibus et presumptionibus* de derecho civil y canónico, concordado con ellos la práctica y las leyes del reyno: pero el dar tanta fuerza á las presunciones ha de ser con mucho tino y juicio, observándose algunas reglas, que voy á exponer para graduarlas.

Presunciones

2 De estas presunciones unas son, segun las

distinguen los autores, de hombre, y las otras de derecho: las de derecho son las que estan aprobadas por alguna ley expresamente; y se subdividen en presunciones, que sencilla y lisamente ó sin otra añadidura llamamos *presunciones de derecho*, y en presunciones *de derecho y de derecho*, como las llaman los intérpretes con duplicacion *iuris et de iure*. El diccionario de la lengua castellana veo que llama á estas presunsunciones *de derecho y de hecho*.

de derecho y de hombre.

3 Las presunciones de derecho son quando el derecho, esto es alguna ley, ó varias leyes expresamente contienen dicha presuncion, ó presumen alguna cosa, como por exemplo, que es verdad lo que se dice hecho en algun instrumento público, y executado con las debidas solemnidades, segun lo arriba dicho; que en los siete años empieza á estar despejado el uso de la razon, *cap. único de Desponsat. impuber. in 6.*; que en los hombres empieza en los catorce años y en los doce en las mugeres la pubertad, *princ. de tit. Instit. Quib. mod. tut. fin.*; que el hijo de casada es legítimo, *ley* 29. §. 1. *Dig. de Probat.*, aunque conste de adulterio de la madre, *ley* 11. §. 9. *Dig. Ad Leg. iul. de adult.*; que se supone debido lo que se pagó, *ley* 25. *Dig. de Probat.*; que el que ha pagado las tres pensiones últimas se supone haber satisfecho las anteriores, *ley* 3. *Cod. de Apoch. pub.*; qué en los administradores, que no quieren presentar la cuenta y razon, se presume dolo y ocultacion, *Cur. Filip. lib.* 2. *Com. ter. cap.* 9. *num.* 31. 32. *y* 33.; que los géneros se suponen de quien llevan la marca, sobre lo que puede verse la *Curia Filípica lib.* 1. *Comer. ter. cap.* 7. *num.* 13. 14. hasta el fin; que la cancelacion del instrumento supone pagada la deuda, que en él se contenia, *ley* 24. *Dig. de Probat.*; que

Enumeracion de varias presunciones de derecho y su definicion.

el incendio se presume originado de negligencia de los inquilinos, por lo menos para los efectos de contrato de arriendo, y otros semejantes, *ley* 3. §. 1. *Dig. de Offic. pref. vigil.*, *ley* 11. *Dig. de Peric. et com. rei vend.*; que los diezmos en donde no esten secularizados pertenecen al párroco, *cap. ult. de Restit. spoliat. in* 6. Del mismo modo tambien presumen las leyes el amor de los padres para con los hijos, la fragilidad é inconstancia de los menores, la flaqueza de las mugeres, la libertad natural al hombre, la subsistencia y firmeza de los actos y del matrimonio, como consta de infinitas leyes en los títulos, en que se habla de dichos asuntos, la pericia en el arte, que cada uno profesa, y otras muchas cosas semejantes á estas, que algunas leyes expresamente presumen por regla general en algunos actos ó negocios, fundándose esta conjetura y presuncion en lo que comunmente sucede: pues, aunque es verdad, que la escritura pública puede ser adulterada, que algun hombre ó alguna muger puede tener por particular organizacion de su cuerpo anticipado el uso de la razon ántes de los siete años, y el vigor de la edad y la robustez ántes de los doce ó catorce, que sin haberse satisfecho, ni condonado la deuda se cancele el instrumento, y que los diezmos por privilegio de alguna dignidad ó monasterio ó secularizacion no correspondan al curato, y que de un modo semejante tengan falencia las presunciones referidas y otras semejantes, no suceden estos casos particulares sino rarísima vez: y es justo, que, observándose por lo comun lo contrario, supongan ó presuman esto mismo las leyes, sino se prueba lo contrario.

Fuerza y efecto de di-

4 Con esto mismo se vé la fuerza ó el grado de probanza, que debe darse á estas presunciones de

derecho, esto es, la de cargar á aquel, contra quien está la presuncion, con la obligacion de probar lo contrario: esto lo persuaden casi todos los mismos textos citados, el §. 11. *Inst. de Inutil. stipul.*, el *cap. unic. de Desponsat. impuber. in 6.*, la *ley* 24. *Dig. de Probat.*, el *cap. ult. de Rest. spol. in 6.* y otros muchos, constando de ellos, que para deshacer lo que se supone por presuncion de derecho se necesita de plena y clara probanza en contrario: de suerte, que el que tiene á su favor alguna presuncion de derecho dexa precisado á su colitigante, á que pruebe lo contrario, subsistiendo en toda su fuerza la presuncion hasta que se hubiese probado lo contrario: si esto se llega á probar debe prevalecer, siendo justo, que el juez dexe entónces lo verisímil por lo cierto, y que la presuncion ceda á la verdad conocida y averiguada. *chas presunciones.*

5 Las otras presunciones de *derecho y de hecho*, que llaman comunmente los autores *iuris et de iure*, son quando estan fundadas en tan graves conjeturas é indicios, que las mismas leyes estableciéron como derecho el haberse de estar á ellas en términos de no admitirse regularmente probanza en contrario. Algunos pretenden, que no es menester tanta expresion y fuerza para quedar calificada una presuncion por presuncion *iuris et de iure*, bastando para ello, que en las leyes se llame la presuncion *violenta* ó *vehemente*: pero, como es tan grande el efecto, que se da á dicha presuncion, me parece mas fundado, el que se necesite de que el mismo derecho expresamente excluya ó quite la libertad, que por derecho natural y comun puede corresponder, de probar qualquiera lo que quisiere ménos en algunos casos raros, en que justamente pareciere á los legisladores, que seria abusar de *Presunciones* iuris et de iure.

las cosas el conceder dicha facultad, y que el bien, que puede resultar de una regla en no admitir en los indicados casos prueba en contrario, ha de dexar compensado el daño particular, que en algun rarísimo caso podria seguirse á alguno.

Son pocas y quáles dichas presunciones.

6 Son pocas las presunciones de esta naturaleza, aunque no dexa de haber algunas, como en el *cap.* 30. *de Sponsalibus*, en donde se halla una de las mas incontestables y fundadas, aunque relativa al tiempo y al derecho canónico anterior al concilio tridentino. Entónces por el ayuntamiento de hombre y muger, obligados con promesa de esponsales, se suponian estos trocados ya en matrimonio, sin admitirse prueba en contrario: en el *cap.* 19. de la *ses.* 25. *de Regularibus* del concilio tridentino tambien está aprobada, como presuncion de las de que tratamos, la adquiescencia del regular, que dentro de un quinquenio de la profesion, que pretende nula, no reclamó de ella: solo puede ser oido con título justo para la *restitucion in integrum.* En el derecho civil tambien se pretende hallar algunos exemplares de iguales presunciones, ó con igual efecto en la *ley* 34. *Cod. Ad Leg. iul. de adult.* y en la *ult. Cod. Arbitrium tutelae.* En todos derechos da presuncion de la misma especie, que las referidas, la sentencia pasada en cosa juzgada.

su fuerza y efecto.

7 El efecto de estas presunciones *iuris et de iure* es de probanza plena y en el modo dicho de no admitirse prueba en contrario, como se expresa en los textos citados, bien que ya dixe con prevencion y cuidado, que *regularmente* no se admite: pues en algunos casos no dexa de darse lugar á ella, ó por via de *restitucion in integrum*, ó por evidencia de la prueba relevante, que se opone contra la presuncion, ó por otra igual causa: se funda esto en la

regla, tan recibida entre todos, como justa y dictada por la razon natural, que la presuncion ha de ceder á la verdad, y en que, siendo el fundamento, en que estriba toda la fuerza de la presuncion, la verdad verisímil y supuesta por lo que comunmente suele suceder en otros casos, ha de prevalecer la verdad real y averiguada, quando se tiene en el caso particular, de que se trate.

Presunciones de hecho ó de hombre, y quál es su fuerza.

8 Presunciones de hecho ó de hombre, que con ambos nombres las llaman los intérpretes, son las que aunque no se hallen expresamente aprobadas en derecho, en el qual no es dable comprehender todos los casos, que pueden suceder con suma variedad de unos á otros, se forman con prudencia por el juez, atendidas las circunstancias de las cosas, y regulado tambien el juicio por lo que comunmente suele suceder. Estas presunciones pueden ser leves, quando las congeturas é indicios, en que se fundan, son leves; graves, quando los indicios y congeturas son graves para sacar la conseqüencia de la presuncion; y vehementes ó violentas, como las llaman, quando las conjeturas impelen al asenso de la presuncion, de modo que no se dexa lugar á ninguna duda prudente. De todas estas presunciones no veo, que se aprueben las dos primeras para hacer plena fe en juicio: ni en la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 17. *num.* 40. se les da este efecto: podrán, á lo que juzgo, servir las graves para proporcionar el juramento supletorio, como se dirá despues, si algunas presunciones combinadas entre sí, ó ayudadas de otras especies de probanza, llegan á formar una semiplena, y para adminicular en los casos, en que corresponda, para completar la prueba. Á la presuncion vehemente ó violenta se da comunmente

por los autores la fuerza de probanza plena. En el lugar citado de la *Curia Filípica* se dice, que las presunciones de hombre ó de juez, siendo manifiestas ó grandes, hacen plena probanza segun la *ley* 11. *tit.* 4. *part.* 3., que en realidad lo prueba. Se fundará este modo de opinar en deberse graduar por juicio prudentísimo el que tiene semejante fundamento, apoyado en lo que se lee en el *lib.* 3. de los *Reyes cap.* 3., y en el *cap.* 2. *de Presumptionibus*. Salomon, segun consta de dichos lugares, por la vehemente conjetura del amor, con que una madre suele interesarse á favor de su hijo, juzgó divinamente, que la muger, que adheria á la division del niño, que disputaban dos como propio, no era realmente la verdadera madre.

Como debe graduarse la prueba quando estan encontradas entre sí las presunciones.

9 Quando hay presunciones encontradas entre sí debe juzgarse del mismo modo, que se ha dicho al hablar de los testigos, que se contradicen, debiendo prevalecer las presunciones mas fuertes contra las que no lo son tanto, ya sean de hombre ya de derecho, y debiéndose graduar la fuerza de las presunciones é indicios, en que ellas se fundan, de un modo semejante al que se ha dicho, que debia seguirse quando se trata de testigos. No obstante esto pueden darse algunas reglas comunmente recibidas, como lo es, que en igualdad de circunstancias la presuncion de leyes mas fuerte, que la presuncion de hombre; la conforme al derecho comun, que la que solo lo es al derecho privado; la mas benigna, que la mas severa, *ley* 56. *de Reg. iur.*; la favorecedora de la subsistencia de los actos, á la qual Mascardo en la *conclus.* 1225. *num.* 25. y otros llaman la reyna de las presunciones, y señaladamente quando se trata del valor del matrimonio, que la que tira á destruirle, y la fa-

vorecedora del reo, que la contraria á él, *cap.* 11. *de Reg. iur. in 6.* Es esto una materia muy delicada, y nada fácil de reducir á reglas y definiciones generales. He dicho las que me han parecido oportunas y suficientes, para que gobernado el juicio con los principios establecidos, y estudiado bien el derecho y hecho, sobre que se disputa, pueda segun la ocurrencia de casos decidir con prudencia y acierto el juez en qualquiera causa civil: con respecto á las criminales es mucho mas lo que queda que decir, especialmente de las presunciones de hombre ó juez: de esto se hablará en el *tit.* 5. *capit.* 20. *sec.* 6.

SECCION VI.

Del juramento, en que se comprometen las partes, del juramento supletorio, purgatorio, y in litem, y de la graduacion de prueba, que de cada uno de ellos resulta.

Juramento necesario ó judicial, y su division.

1 En la seccion antecedente estábamos alcanzados, buscando, en caso de faltar probanzas de las cosas controvertidas, presunciones por lo que comunmente suele suceder en otras de la misma naturaleza: en esta lo estamos mas, estrechándonos la materia de modo, que ni aun indicios ó conjeturas haya para una suposicion ó presuncion. Aun en este caso apretado queda remedio, y que le llamó *máxîmo* el jurisconsulto Gayo en la *ley* 1. *Dig. de Iureiur.*, esto es el juramento, con que se puede suplir la falta de prueba, y del qual se dice en la misma ley: *Se introduxo el juramento como el mayor ó grande remedio, para la expedicion de los pleytos, con el qual se deciden las controversias, ó por pacto ó*

por autoridad del juez. No debo tratar en esta *seccion* del juramento promisorio ó voluntario, en quanto es nudo para estrechar alguna obligacion, correspondiendo esto al derecho privado, por el que resulte á la parte, á cuyo favor inmediatamente se hace, como la misma obligacion, á que adhiere: de él dicen cosas bien particulares los autores prácticos, como que tiene fuerza de expreso, y que suple la presencia de la parte, extendiendo de este modo la fuerza del juramento mas allá de lo que correspondiera por la naturaleza de la obligacion, á que se junta. Solo me toca hablar aquí del juramento necesario ó judicial, como prueba, que es ó suplemento de ella en algunos casos, en que le autoriza la ley para dicho fin. Juramento pues necesario ó judicial es el que en lugar de prueba se presta en juicio, ó á peticion de las partes, ó de alguna de ellas, ó de oficio por órden y movimiento solo del juez se manda dar para el mismo efecto: todos los juramentos, que comprehende esta definicion, pueden reducirse á tres especies.

Uno de dichos juramentos es el comprometerse en el de la parte, y quál es su efecto.

2 La primera especie de dicho juramento es, quando uno de los litigantes, ya sea el actor por razon de la accion, ó el reo por la reconvencion ó excepciones, se contenta, y allana á estar á lo que diga la parte contraria, con tal que jure, que no es debida por él la cosa, que se pretende: el ofrecerse á esto se llama en la jurisprudencia romana *deferre iusiurandum*, como se puede ver en las leyes del título de *Iureiurando*: en fuerza de este ofrecimiento debe el colitigante, en cuyo juramento se compromete la parte, jurar ó comprometerse en el juramento de la parte contraria, dándose por convicto y confeso de lo que no quiere jurar, y obligandosele al pago, *ley* 34. §. 6. *ley* 38. *Dig. de Iureiur.*: el com-

prometerse la parte, que no quiere jurar, en el juramento del que le solicitó, se llama en la misma jurisprudencia romana *referre iusiurandum*: así consta de las leyes citadas, y de casi todas las del mismo título del Digesto.

3 Para que tenga lugar el juramento referido, y la fuerza, de que vamos á tratar, se necesita de aprobacion del juez, *ley* 12. §. 1. *Cod. de Reb. cred.*: pues no se admite en todo género de causas y circunstancias, á fin de que las partes no abusen de dicho juramento: por ser él un remedio, como hemos visto, para suplir la falta de probanzas, y extremo, segun parece de lo mismo, y de que el órden regular del juicio pide, que el acreedor pruebe sin obligarse á que por él lo haga el reo, no es justo usar de él sino con la debida templanza y moderacion.

Solo puede hacerse con autoridad de juez y en algunas causas.

4 Heineccio en la *parte* 3. *Element. iur. secund. ordin. pandect.* en el §. 24. dice, que puede tener lugar este juramento á favor del actor, y del reo, tanto si han probado alguna cosa, como sino han probado nada: en esto no puedo ciertamente convenir. En el *cap. ult.* §. 1. *de Iureiur.* se dice redondamente, que no teniendo el actor de su parte ningun género de prueba, aunque por la suya no haya hecho nada el reo, debe éste absolverse, y que, habiendo presuncion contra él, se puede dar lugar á la prueba del juramento, de què se trata aquí: en la *ley* 4. *Cod. de Edendo* está bien literal el principio de derecho, de que no probando el actor se absuelve el reo: de la *ley* 7. *Cod. de Testib.* y de la misma 4. citada *de Edendo* consta bien, que las pruebas no se han de sacar del reo, sino que las debe contra él presentar el actor: de esto se sigue, que no se ha de obligar al reo, á que jure, no habiendo con-

Heineccio admite sin razon este juramento, aunque nada haya probado la parte.

tra él ninguna probanza: al actor, que justificó su derecho con plena probanza, no se le obliga á que jure, *cap.* 2. *de Prob.*: y pareceria absurdo precisar al reo, á que lo haga, no habiendo contra él ninguna prueba ó presuncion, porque seria de mejor condicion el actor, que el reo, contra todo principio de derecho: pues al reo, teniendo de su parte todo lo que puede tener, se le mandaria jurar sin imponerse esta obligacion al actor. No habiendo causa para jurar no es justo, que se obligue á nadie á hacerlo, estando expresamente prohibido el jurar en vano: la sola demanda del actor, ó la reconvencion del reo, no es ciertamente por si causa suficiente. Las leyes, que cita á su favor Heineccio, embarazan poco: la que pudiera favorecerle mas es la 35. *Dig. de Iureiur.*, en que se dice, que al tutor en caso de faltar todas las demas pruebas al pupilo, se le ha de oir, si se compromete en el juramento de la parte contraria: pero el tutor, por ser en quanto á la administracion de los bienes del pupilo persona pública, tiene favorable presuncion: y es muy privilegiada la causa de los pupilos, como de si es manifiesto, sin que de esto deba sacarse paridad para los demas casos.

Debe haber alguna prueba á favor del que se compromete, y aptitud para contraer.

5 Debe pues haber alguna presuncion ó género de prueba á favor de la parte, que quiere valerse del derecho de comprometerse en la prueba del juramento de la contraria con el efecto, que se ha dicho, de tener que jurar ó de darse por convicto jurando el colitigante: la persona, que se compromete en la prueba del juramento, debe ser de las capaces de contraer obligacion, *ley* 35. §. 1. *Dig. de Iureiur.* sin oirse la que despues de haberse comprometido una vez en la prueba del juramento le hubiere revocado: parece absurdo, querer usar

segunda vez de lo que se ha renunciado una, y acogerse á la religion del juramento despues de no haberse querido valer de ella, *ley* 11. *Cod. de Reb. cred.*

6 Á mas de lo dicho se exîge por la *ley* 34. §. 4., *ley* 37. *Dig. de Iureiur.*, por la 11. §. 1. *Dig. de Action. rer. amotar.* y otras, que el que quiere comprometerse en la prueba del juramento del colitigante haga tambien el juramento de calumnia, ó de que no recurre á dicho remedio por malicia, ó para vexar á la parte contraria: el que en fuerza de la delacion del juramento, si es lícito hablar así, se compromete reciprocamente en el juramento del contrario, no tiene que hacer el de calumnia, porque no cabe sospecha de malicia ni vexacion en quien pone á su colitigante de la misma condicion, en que se le ha puesto á él por el otro: ni éste puede sospechar calumnia, en que la otra parte obre del mismo modo, que ella ha obrado, que es lo que ya se indica en la citada *ley* 34. §. 7. *Dig. de Iureiur.* *Quando el que se compromete debe jurar de calumnia.*

7 Finalmente lo que se requiere, para que tenga lugar dicho juramento, es que se pida sobre cosa, hecho ó negocio, de que ambos colitigantes tengan conocimiento y noticia, *ley* 11. §. 2. *de Action. rer. amotar.*, y que recaiga en personas, que puedan transigir, y sobre cosas, en que pueda recaer la transaccion, teniendo dicho juramento, como voy á decir, la naturaleza de dicho contrato. *Personas y cosas, en que puede recaer dicho juramento.*

8 Supuestas ya las circunstancias y requisitos debe verse quál sea la fuerza de este juramento, del qual se dice bien en la *ley* 2. *Dig. de Iureiur*, que contiene una especie de transaccion. Quando el reo jura, que no debe lo que se le pide, allanándose el actor á estar á dicho juramento, es bien clara la transaccion de las partes, con que con- *Es él una especie de transaccion.*

vienen en cortar el pleito mediante el juramento por prueba de lo que se litiga: tambien es clara, quando el reo no jura, y se compromete recíprocamente en el juramento del contrario: quando ni quiere hacer esto, ni jurar, hay consentimiento presunto por la ley, y confesion tácita de reconocer la deuda, dando en este caso las leyes la misma fuerza á dicha confesion, que á la transaccion en los dos casos antecedentes.

Efectos que de ello resultan.

9 Por ser el juramento referido una especie de transaccion dice bien el jurisconsulto en la citada *ley* 2., que tiene él mayor autoridad aun, que la cosa juzgada: pues él en primer lugar tiene el efecto, de que no se trate ya mas despues de él del derecho de las partes, sino únicamente de lo que se contiene en el juramento prestado ó resistido, *ley* 5. §. 2., *ley* 9. §. 1. *Dig. de Iureiur.*: en segundo lugar tiene el de que el juez ha de hacer la sentencia segun él, *ley* 34. §. *ult. ibid.*: y en tercer lugar tiene tambien el efecto, de que no haya apelacion de la sentencia hecha con arreglo á dicho juramento, *ley* 12. §. 3. *Cod. de Reb. cred.*, siendo cruel, como dice esta ley, que apele la parte de la sentencia del juez, por haber éste seguido y hecho lo que la misma parte pidió. El punto, de si puede impugnarse este juramento á título de instrumentos nuevamente descubiertos, no debe fatigarnos mucho, por pertenecer al derecho privado de transacciones.

Varios requisitos, que se necesitan para admitirle.

10 De todo lo dicho se vé, que el juramento referido es judicial, por pedirse en juicio, y depender la fuerza de él de la aprobacion del juez, aunque por otra parte pende de la voluntad de los litigantes: por esto muchos le llaman voluntario, y judicial únicamente al supletorio, de que hablaré luego, sin detenerme nada en la indicada diferen-

cia, que nunca puede pasar de qüestion de nombre.

11 La segunda especie de juramento judicial es el que de oficio manda prestar el juez, quando escasean las probanzas, y lo permiten la naturaleza y circunstancias de la causa, para suplirse con él la parte de prueba, que falte, arreglándose á su tenor la sentencia. Este juramento se llama judicial y necesario, y mas corriente y propiamente *supletorio*, porque con él el actor, si tiene semiplena probanza, suple la falta de prueba, y el reo igualmente, diciéndose, quando se le manda prestar á él, juramento purgatorio, porque le purga y libra de los efectos y resultas, que podria temer del juicio. *Del juramento supletorio.*

12 Es punto muy controvertido entre los autores críticos el de si esta especie de juramento tiene apoyo en la jurisprudencia romana, ó si de ella se ha introducido en la de casi todas las naciones. Heineccio en una doctísima disertacion, que es la 17. de su *Syllog.* 1. *opusculor.*, se empeñó fuertemente en defender y en querer manifestar, que este juramento, á mas de no ser equitativo, fué desconocido de los romanos, y que únicamente por la poca ó equivocada inteligencia de algunas de sus leyes le han admitido indiscretamente los abogados en el foro. Son muchos los autores graves y eruditos, que cita á su favor, bien que no dexa de haberlos por la opinion contraria, y entre ellos Arnoldo Vinio en el *cap.* 44. del *lib.* 1. *Selectar. quest.* *Heineccio le tiene por contrario á la jurisprudencia romana.*

13 Se funda Heineccio, en que en la jurisprudencia romana no se conoce la probanza semiplena, ni se vé darle ningun efecto; en que se prohibe justísimamente, el que se dé fe á un solo testigo; en que al mismo litigante, que es decir á *Razones en que se funda.*

un testigo solo, y aun en causa propia, se le hace juez, dependiendo de su juramento todo el éxîto de la sentencia y causa, y en que la regla bien sabida del derecho es, que no probando el actor se debe absolver el reo, *ley* 4. *Cod. de Edendo.* Á dos leyes, que son las principales para establecer la sentencia opuesta, esto es á la 31. *Dig. de Iureiur.* y á la 3. *Cod. de Reb. cred.* satisface de esta manera. En la primera dice Gayo, que acostumbran los jueces en las causas dudosas, exîgido el juramento, juzgar á favor del que juró: en nombre de causa dudosa entiende dicho autor la que tiene probanza plena por una parte y por otra, como por exemplo si el actor probó plenamente, que en cierto dia pagó cien monedas á Pablo, y éste justifica con probanza plena, que en dicho dia no se hallaba en el lugar, en que se dice hecho el pago: entónces dice, que es la causa dudosa, porque la fe, que ya puede hacer por una parte la plena probanza, no debiendo segun su modo de opinar hacer ninguna la semiplena, está balanceada con la plena probanza contraria; y debe fluctuar el juez vacilante y sin saber á qual probanza ha de adherir: de esta duda le permite salir exîgiendo el juramento de la parte, á cuya probanza le parezca, que deba darse mas fuerza ó crédito. Pero debia decirnos Heineccio por dónde ó cómo conocerá el juez, á qué prueba deba dar mas fe y crédito, si una y otra es plena, como por exemplo en el caso propuesto si hay por entrambas partes dos testigos sin tacha y de iguales circunstancias. Por otra parte son infinitas las leyes, que en caso de duda mandan pronunciar la sentencia á favor del reo, de que ya se ha hablado en la *sec.* 5., y que ya se opone Heineccio sin parecer, que halle salida ex-

pedita y desembarazada. Lo que no se opone es la reflexîon, que voy á hacer, valiéndome de su mismo modo de discurrir y de sus propias armas.

Se impugna la opinion de Heineccio.

14 Toda la disertacion de Heineccio estriba en la injusticia, que hay en hacer por medio del juramento supletorio á una misma parte testigo en causa propia en el caso de tener á su favor semiplena probanza: pero él no se niega absolutamente á admitir dicho juramento; y solo discrepa de los demas en quanto á la hipótesis, en que se ha de admitir, dándole solamente lugar en la de estar equilibradas las probanzas: en este caso es cierto, que el fiel de la balanza de la justicia está dentro de la caxa sin salir á un lado ni á otro, como que en los dos platos, que cuelgan de los brazos, hay pesas iguales: si en este caso se exîge por el juez el juramento será el litigante, de quien se exîja, testigo en causa propia del modo, que lo es en el caso, en que comunmente los autores admiten el juramento supletorio á favor de la parte, que tiene semiplena probanza, con la sola diferencia, de que en este caso es mucho, y tanto mas lo que hay á favor de la doctrina del juramento supletorio, quanto es mas el tener uno probanza semiplena respecto de no tener absolutamente ninguna: pues, aunque en la hipótesis figurada de Heineccio tenga el litigante probanza plena, como ésta se halla contrapesada por otra plena, no puede obrar nada, ni hacer caer ó inclinar con su peso la balanza de la justicia. ¿Si en caso de no tener el que litiga ninguna parte de prueba consiente Heineccio en la irregularidad, de que se admita á alguno por testigo en causa propia mediante el juramento supletorio, porque lo ha de resistir, quando tiene ya el litigante la mitad de la prueba, que debiera te-

ner para lograr la sentencia favorable? ¿Si el juramento puede suplir la falta de toda la prueba, porque no ha de poder suplir la falta de la mitad?

15 Del modo referido en quanto á la *ley* 31. *Dig. de Iureiur.* quiere explicar Heineccio la 3. *Cod. de Reb. cred.*, en la qual dixéron los Emperadores Diocleciano y Maxîmiano, que en los pleytos, habiendo escasez de pruebas, conviene que se decida con conocimiento de causa el negocio por el juez mediante el juramento: pero esta ley me parece, que sufre ménos que la otra la interpretacion del citado autor, porque las palabras de ella ó del caso, en que da lugar al juramento supletorio, esto es, quando hay escasez de probanzas, como dice la ley, no parece que pueda significar el caso de estar encontradas dos probanzas plenas entre sí: y con toda propiedad significan el caso, en que no llega la prueba al punto, á que debiera subir para convencer al juez segun las reglas corrientes de derecho.

Razones y autoridades, en que se funda dicho juramento.

16 Atendida la razon natural no dexa de ser algo repugnante, que se mande prestar á la parte el juramento, y que segun él se decida la causa: pero han obligado á esto la dificultad de probar las cosas, las trampas, las cavilaciones, la mala fe de muchos deudores, y los graves perjuicios, que de lo contrario se siguen á la circulacion, giro y comercio de los particulares, habiéndose ya ceñido el uso del juramento en qüestion con muchas modificaciones y temperamentos, como se verá luego. Sea como fuere él estuvo en uso entre los romanos, como prueban las dos leyes citadas y otras, que pueden verse en Vinio en el lugar referido: él fué aprobado por el derecho canónico, como se puede ver en el *cap. ult.* §. 1. *de Iureiur.*, y en el

cap. 2. *de Probat.*: y él está generalmente autorizado en casi todos los tribunales del mundo, como ya reconoce Heineccio en dicha *disertacion* §. 20. De la *Cur. Filípica Juic. civ.* §. 17. *num.* 23. consta, que tambien se estila en Castilla el uso del juramento supletorio, citándose para esto la *ley* 2. *titul.* 11. *part.* 3., que le apoya: tambien le autorizan las *leyes* 8. 12. *y* 15. del mismo *título*: y por lo que toca á nuestra provincia consta de Tristany en la *decis.* 82. y de todos nuestros autores: Cancér *de Iuramento num.* 38. defiende, que en Cataluña no tiene duda, que puede darse lugar á este juramento delante de los árbitros por considerarse jueces.

Seis requisitos, que se necesitan para que se admita dicho juramento.

17 Solo falta decir las modificaciones indicadas, para que se use con prudencia y precaucion de esta especie de prueba, con la qual es cierto, que queda la sentencia en mucha parte en manos del mismo litigante. Heineccio en dicha *disertacion*, sacándolo de otros autores, reduce á seis los requisitos, que se necesitan, para que pueda mandarse prestar el juramento al actor. El primero consiste en que él tenga semiplena probanza de su pretension, sin que sea de ningun modo defectuosa, §. 22. *hasta el* 25. *ibid.*: lo mismo confirma Cancér *de Iuramento num.* 5. *hasta el* 9., *num.* 30. *hasta el* 37.: reconoce Heineccio allí mismo, que la semiplena probanza, que resulta de los libros de los comerciantes, con tal que estén con la exâctitud debida, basta para el efecto de suplirse con juramento supletorio lo que les falte de prueba: el segundo requisito segun dicho autor consiste, en que se trate de cosas, que son de la inspeccion y objeto de los sentidos corporales, prestándose el juramento sobre hecho propio, de que se tiene noticia y ciencia, por

no poderse dar lugar al juramento débil de credulidad, sino al fuerte de verdad, §. 25. *ibid.* Este requisito le exîgimos tambien en la primera especie de juramento judicial, apoyados en la *ley* 11. §. 2. *Dig. de Act. rer. amot.* El tercer requisito consiste en que la parte, á quien se manda prestar el juramento, sea de buena fama y costumbres, §. 26. *ib.*, y en términos entiendo yo, que no se le pueda hallar defecto, que forme tacha para testigo, debiéndolo ser él, y afianzarse en su declaracion la sentencia. El quarto en que no se trate de causas árduas y de mucho perjuicio y conseqüencias, en cuyo número ponen corrientemente los autores las criminales, las matrimoniales, y todas las, en que se litiga de grande parte de bienes, §. 27. *ibid.* Algunos aun en causas árduas sientan, que ha de darse lugar á dicho juramento; y así parece que está recibido en Cataluña, quando resulta mas que semiplena probanza, Cancér *de Iuram. num.* 7. El prudente arbitrio del juez es el que ha de regular, que causas son de poco ó de grande momento, atendida la qualidad y circunstancias de los litigantes, Cancér *de Iuram. num.* 9. El quinto requisito consiste en que la semiplena no esté contrarestada por presuncion, que haga probanza mayor ó superior, en qual caso es claro que queda destruida la fuerza de la semiplena, Heineccio *ibid.* §. 28. Á mí me parece, que no solo debe excluirse el juramento supletorio en este caso, sino tambien en él de que milite alguna presuncion ménos fuerte, porque ya queda entónces en alguna manera destruida la semiplena, que se necesita por otra parte, y porque, como se dirá despues, habiendo alguna presuncion á favor del reo, ha de admitirse el juramento purgatorio. Se añade por sexto requisito el de que se pida di-

cho juramento ántes de la conclusion en causa; §. 29. *ibid.*

18 Como son tantas las circunstancias, que se requieren para el juramento supletorio, y para el purgatorio tambien, del qual se hablará despues, es claro, que para mandarse prestar el juramento supletorio ha de haber sentencia ó decreto interlocutorio con conocimiento de causa, versando éste sobre lo mismo, que he ido particularizando como necesario en este asunto. Esta necesidad del decreto interlocutorio la infiere Heineccio en el §. 21. de dicha *disertacion* de la *ley* 31. *Dig. de Iureiur.* El propio autor en el §. 29. *ibid.* dice lo que ya queda advertido, que el tiempo oportuno de pedir y presentar esta probanza de juramento supletorio ó purgatorio es despues de publicadas las declaraciones de los testigos y ántes de la conclusion en causa, con la qual se entienden renunciar las partes á toda prueba: lo mismo dice Cancér *de Iuram. num.* 10. *hasta el* 15.

No tiene lugar sino autorizándole el juez con decreto.

19 En el citado §. 29. de Heineccio se lee tambien, que puede mandarse prestar dicho juramento á peticion de las partes ó de oficio, aunque ellas no lo pidan.

20 Así como algunas veces se permite al actor, que con su juramento supla el defecto de prueba, se permite en otras al reo, que mediante juramento se exîma de la obligacion, que se pretende contra él; *cap. ult.* §. 1. *de Iureiur.*: y entónces suele llamarse el juramento purgatorio: el mandarle prestar pende del arbitrio del juez, segun parece del texto últimamente citado. Dicho arbitrio parece, que ha de regularse de este modo. Quando absolutamente no hay probanza ninguna, ni presuncion contra el reo, no hay necesidad de

Del juramento purgatorio, quándo y cómo él tiene lugar.

prestar dicho juramento por lo dicho arriba, que así como no se ha de exîgir juramento del actor, quando tiene él probanza plena; tampoco se ha de exîgir del reo, quando no hay ninguna contra él, debiéndose entónces absolver. El mismo nombre del juramento declara, que no debe prestarse en dicho caso, porque en realidad no hay presuncion ni sospecha, que purgar. En las causas pues, en que, segun los requisitos arriba dichos, pudiere tener por la naturaleza de ellas lugar el juramento supletorio, sino llega la probanza del actor á semiplena perfecta, parece que solamente ha de tener lugar el juramento purgatorio, para igualar los derechos de actor y reo: pues si al actor se le permite suplir, parece que tambien debe permitirse al reo, que pueda purgar. En las causas árduas creeré, que así como no tiene lugar el juramento supletorio, tampoco le tenga el purgatorio, y que se ha de absolver el reo ó absolutamente, ó de la instancia en el modo, que verémos en el *cap. sig. sec.* 1.

Del juramento in litem, quándo y cómo tiene lugar.

21 La tercera especie de juramento judicial entra, quando no solo falta, que suplir lo que va de semiplena probanza á la plena, sino aun toda la prueba, jurándose entónces por la parte lo que se le debe, bien que en ciertos casos y determinadas circunstancias, en que parece llena de equidad esta disposicion, de que tratan los autores en los comentarios al título *de In litem iurando* del Digesto y Código de Justiniano. Sucede muchas veces, que por dolo, ó por una especie de culpa crasa y sin pretexto, que comunmente llaman *lata* los intérpretes del derecho comparándola con el dolo, no se restituye, ó no se puede restituir, ó poner de manifiesto la cosa, á que se tiene derecho, ó porque la oculta alguno con resistencia á los decretos

del juez, ó porque la ha vendido ó disipado, sin haber por otra parte medio para probar la estimacion ó el valor de lo que se pide, como si consta ciertamente, que se robó alguna cantidad de dinero sin saberse de fixo el quánto, ó alguna alhaja sin poder hacer constar por testigos ó perítos su valor, ó porque se malversó algun depósito ó caudal sin poder justificarse con probanza regular la suma depositada. En estos casos y otros semejantes, como parece de la *ley* 9. *Cod. Unde vi*, de la *ley* 2. §. 1., *ley* 5. *en el princ.* y en el §. 3., de la *ley* 8. *Dig. de In litem iurando*, de la 2. *Cod. eod.*, de la 8. §. 1., la 9. *de Act. rer. amot.*, y de la *ley* 25. §. 1. *Dig. Solut. matrim.*, se admite el juramento, que se llama *in litem*, de estimacion del pleyto, esto es de la cosa pedida y dolosa ó culpablemente ocultada ó destruida.

22 Por esto en la *ley ult. Dig. de In litem iurando* se supone bien, que este juramento le introduxo la necesidad del derecho, conviene á saber, quando no hay medio ni camino, para llegar á la averiguacion de lo que se debe, y hay obligacion de restituirse alguna cosa, ó de ponerse de manifiesto, no tratándose en este juramento de la cosa, ó del derecho sobre la cosa pedida sino supuesto el de su valor y estimacion.

Está él generalmente autorizado.

23 Esta especie de prueba parece, que tambien está generalmente admitida: de Cataluña nos consta por Fontanella *decis.* 300. *num.* 1. *hasta el* 6. concurriendo las dos circunstancias de dolo y de dificultad de prueba, y de Castilla por la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 27. *num.* 25., *lib.* 2. *Com. ter. cap.* 9. *num.* 31. 32. *y* 33., *lib.* 3. *Com. nav. cap.* 4. *n.* 31. *ib.*, *cap.* 12. *num.* 34. 37. *y* 38. citándose muchos autores y leyes de Partidas.

Cómo se ha de moderar la estimacion del que la hace.

24 Algunos dividen dicho juramento en juramento de verdad, esto es del precio verdadero y real de la cosa atendida la comun y pública estimacion, y en juramento de afecto ó aprecio particular, que haga el acreedor de la alhaja, aunque no lo valiera en sí: pero este segundo no es conforme á equidad natural, ni á la justicia romana. Por lo ménos segun ésta por la *ley 9. Cod. Unde vi* y otras puede ó debe el juez moderar el aprecio, que hiciere el acreedor, reduciéndole á una cosa equitátiva y justa, segun lo que proporcionan las circunstancias de la causa: pueden acomodarse á esto las palabras de la *ley* 18. *Dig. de Dolo malo: sed officio iudicis debet... taxatione iusiurandum refrenari.* Lo mismo consta de la *ley* 2. *tit.* 11. *part.* 3., del *Juic. civ. Cur. Fil:* §. 17. *num.* 25.: y Fontanella en la referida *decis.* 300. *num.* 7. *hasta el* 13. dice, que las partes no deben, ni suelen descuidarse en probar todo lo que pueden, para hacer parecer verisímil la existencia anterior y el valor de las alhajas, que pretenden, y que el juez no solo debe guiarse por el juramento de estimacion, sino por lo que resulte verisímil de las probanzas: en el *n.* 7. *ibid.* se dice, que está recibido en nuestros tribunales, que ántes de darse lugar al juramento, de que tratamos, se manda hacer tasacion por perítos de las cosas, de que se trata, y que generalmente lo está tambien el que se tase por el juez la cantidad, á que puede extenderse el juramento *in litem.* Por los perítos, segun las noticias, que tengan de las cosas, se formará el juicio prudencial en el modo, que permitan las circunstancias, de lo que pudiéron valer las cosas en comun y pública estimacion: y el juez con conocimiento de esto y de todo lo demas, que resulte de autos, podrá poner la tasa-

cion referida, y despues condenar en vista del juramento, del dictámen de los perítos, y de lo que conste de hechos, que hacen verísimil la cosa: esta diligencia de valuacion en algunos casos puede ser muy embarazosa y casi imposible. Fabro, segun consta del lugar citado de Fontanella, está terrible contra dicha práctica de la tasacion, diciendo ser muy poco conforme á la jurisprudencia: pero ella está generalmente autorizada: y quando se puede tener algun conocimiento de las cosas, ó individuacion y estimacion de ellas, puede ciertamente gobernar mucho el voto de los perítos.

25 La probanza de este juramento es claro que no puede hacerse hasta quedar verificada la deuda, ó la obligacion de restituir ó de exhibir la cosa controvertida.

26 Todas las tres especies de juramento judicial, de que he hablado, tienen como se ha visto una equidad natural, además del apoyo en las leyes romanas, y estan comunmente recibidas en todos los tribunales del mundo, constando por lo respectivo á los nuestros de los autores citados.

Equidad en general de dichos juramentos.

CAPÍTULO XI.

De las sentencias.

SECCION I.

De la definicion de las sentencias, y sus divisiones con explicacion del modo y forma, con que deben darse, y de todo lo que han de comprehender.

Substanciados los autos, debe el juez proferir la sentencia.

1 Nos hallamos ya en el fin, á que se dirige toda la solicitud de las partes en los procedimientos judiciales, esto es, en la sentencia, que puede proferirse por el juez, luego que esten substánciados los autos en el modo, en que los hemos dexado en el *cap.* 9., y que al tenor de lo dicho en el 10. se haya pesado bien la qualidad de probanza, que resulta. El juez ha de sentenciar, y no puede obligar á las partes á compromiso. Así está prevenido en la *ordenanza* 128. de las de nuestra Audiencia, y en la *ley* 13. *tit.* 5. *lib.* 2. *Rec.*, ménos que sea en algun rarísimo caso consultando á S. M. y exponiendo los motivos. Los compromisos dependen de la voluntad recíproca de las partes; y falta ésta quando cada una usa de su derecho en justicia.

Definicion de la sentencia, y su division vulgar en definitiva é interlocutoria.

2 Sabido el tiempo, en que se ha de proferir la sentencia, hablemos ya de su definicion y de todo lo demas conveniente en este asunto. Es la sentencia una decision del pleyto, hecha con las debidas formalidades por el competente juez, con arreglo al derecho y méritos de la causa. Á la primera vista de esta definicion se vé conocidamente, que no pueden incluirse en la clase de sentencias los decre-

tos interlocutorios, en que no se trata de decidir el pleyto, sino algun incidente ó artículo de prévio pronunciamiento, con que se quita algun estorvo, ó se abre camino para llegar con facilidad á la decision, como quando se declara, que ha de señalarse curador, que la causa sea admitida á prueba, que ha fenecido el término de ella, que está concluso en causa, y otros puntos semejantes, si se alterca sobre ellos por las partes. En estos autos ó providencias no se decia por los romanos, que se decidia la causa, sino que se formaban decretos, con que entrehablaba, si es lícito usar de este verbo con relacion á la palabra interlocutorio, ó mandaba el juez ántes de llegar al punto de la sentencia, segun lo que iba pidiendo el estado de la causa: así consta de la *ley* 32. *Dig. de Poenis*, de la 38. *Dig. de Fideicomis. libert.* y de otras muchas: ni á semejantes providencias, con que se determinaban los incidentes de la causa, diéron los romanos el nombre de sentencias, sino únicamente de decretos; en lo que hay mucha diferencia. Pero en el modo vulgar de hablar las gentes, y en el comun de los intérpretes ha prevalecido, el que á dichos decretos, ó por decidirse en ellos alguna parte de la causa, ó porque á muchos se les han ido dando los mismos efectos, que á las sentencias, se les llamase tambien sentencias, aunque añadiéndose el nombre de interlocutorias, que es decir sentencias, que no lo son propiamente: y á las que lo son con todo rigor, para distinguirlas de los decretos interlocutorios, las llaman definitivas. En esto no es menester detenernos, con tal que se entienda lo que se quiere decir, ni haya en esta parte confusion: y para evitarla únicamente advierto lo que acabo de decir: en señalar la di-

ferencia, que hay de una cosa á otra, qué es lo que explica la esencia y naturaleza de ella, debemos principalmente detenernos.

Diferencias de una á otra. 3 La sentencia definitiva absuelve ó condena al reo, *ley* 3. *Cod. de Sentent. et interloquut.*: nada de esto hace la interlocutoria, ni su objeto es el punto principal de la causa: la primera se hace guardando todas las formalidades debidas por derecho, y despues de corridos todos los trámites del juicio; la segunda sin formalidad ninguna, y en qualquiera parte del pleyto: la definitiva finalmente dexa al juez exhausto en sus facultades, habiendo cumplido ya con su oficio, sin tener mas que ver ni hacer en la causa, y sin poder variar su sentencia, debiéndola poner en execucion, si no fuere apelada, *ley* 14., *ley* 42. *y* 45. §. 1. *Dig. de Re iudicata*, *ley* 2. *Cod. de Sent. ex peric. recit.* Solo puede suplir encontinente ó en el mismo dia, como dice la *ley* 42. y la 3. *tit.* 22. *part.* 3., alguna cosa, que sea del tenor de la misma sentencia, y segun ó conforme á ella, aunque ménos explicada ó expresada, y enmendar si hubiere habido error de cálculo. Todo lo últimamente dicho no comprehende á la sentencia interlocutoria según la citada *ley* 14. *Dig. de Re iudicata*, en donde dice redondamente Celso: *quod iussit vetuitve praetor contrario imperio tollere, et repetere licet*: *de sententiis contra.*

De donde se deriva la expresion contrario imperio *en las suplicaciones de la Audiencia de Cataluña.* 4 De la citada *ley* 14. creeré, que haya provenido, el que las suplicaciones interpuestas en una misma sala de las de nuestra Audiencia, las llamen siempre nuestros autores prácticos antiguos, *contrario imperio*, expresion en cuya inteligencia se embarazan mucho los que empiezan á leer dichos libros: es muy corriente en su estilo decir *si supplicatum fuerit contrario imperio*, esto es en la misma

y en otras mil cosas, cuya justificacion seria embarazosa, y causa de formar de cada pleyto dos ó muchos, y de dificil discusion, al paso que en las demas cosas es mas fácil tasar los perjuicios, que resultan á la parte, quando se trata ó de haber caido un edificio por no repararle quando se debia, ó de no haberse sembrado un campo, y de otras cosas semejantes. Se ocupa principalmente dicho autor en demostrar las infinitas diferencias, con que se pueden diversificar los perjuicios causados de no haberse pagado á su tiempo una determinada cantidad de dinero por los varios empleos, que pueden haberse hecho de él, pidiendo esto mismo en su opinion, que, habida razon de lo que puede regularmente dar el dinero empleado, se tase en general el interes en una determinada cantidad anual, mandándose pagar ésta en razon de los años, que ha durado el pleyto, al que resulte deudor de cantidad cierta de dinero: pero no se detiene Domát en hacer ver, que se deben dichos intereses, suponiéndolos de un derecho natural y civil: con todo, para convénir con él en esto, nos embarazan el derecho canónico y algunas reflexiones y disputas de autores con un decreto moderno del Consejo de Castilla, que nos obliga á limitar la equidad de los intereses á los que explicaré luego.

22 Carlaval en el *tit. 3. de Iudic. disp. 8. sec. 1. y 6.* está acérrimo en reprobar como usurarios los intereses, á que se condena á alguno por la sola retardacion del pago desde la introduccion del pleyto: cita á varios autores, y entre estos á Paulo de Castro, el qual trae todos los requisitos, con que han de quedar justificados en el proceso el lucro cesante ó el daño emergente, en atencion á

En Cataluña habia dicho estilo, pero no en Castilla: y duda que sobre esso se suscitó en quanto á dicha provincia.

que segun el derecho canónico todo lucro, que se da por la sola retardacion del pago, no concurriendo uno de dichos títulos, ó de peligro del capital, está condenado como usura. Del *cap. 2. lib. 2. num. 11. y siguientes* del *Com. terr. de la Curia Filíp.* parece, que segun derecho de Castilla por la sola mora é interpelacion judicial no se pagan los intereses. En Cataluña siempre se habian mandado dar hasta estos últimos tiempos, en que un Regente de nuestra Audiencia el Sr. D. Rodrigo de la Torre y Marin, promovido despues al Consejo y Cámara de Castilla, se empeñó en defender la sentencia de Carlaval, habiéndose ofrecido cabalmente la dificultad en un pleyto de préstamo, en que los jueces querian condenar á intereses desde la interpelacion judicial: la naturaleza del contrato, en que se suscitó la duda, hacia parecer á dichos intereses con mas aspecto de usura del que tienen en otras obligaciones, aunque en realidad la contestacion del pleyto es una especie de novacion, que trueca y muda la obligacion antecedente.

Razones en que se procuró fundar el estilo de Cataluña.

23 El Sr. D. Ramon Ferrán, Oidor de la misma Audiencia, se empeñó en dar por escrito al Regente los motivos de la opinion, en que constantemente habia estado la Audiencia de Cataluña, y lo executó en un dictámen, de que tengo copia, y se reduce á lo siguiente. Prueba el autor de este escrito la práctica inconcusa de la misma Audiencia y de todos los tribunales de Cataluña en condenar á intereses por la sola retardacion del pago desde la interpelacion judicial, citando á Fontanella en las *decisiones 90. y 91.*, á Cancér *de Litis contestat. num. 67. y 81.*, á Xammár *Rerum iudicatarum part. 1. definic. 1. y 2.*, á Peguera *cap. 178.*, y á Tristany en la *decis. 27.*: la misma observancia

prueba, citando á los autores correspondientes, de buena parte de los tribunales de los estados pontificios, de los de Alemania, Saboya, Francia y de algunos de España, como de la Real Chancillería de Granada, sin necesitarse en ellos de la exâcta justificacion del daño emergente ó lucro cesante, por bastar la verisimilitud, añadiendo, que esto principalmente tiene lugar en España, en donde la freqüencia de los censos redimibles hace ya en algun modo cierto el lucro cesante del acreedor: cita para esto á Covarruvias en el *lib. 3. Var. Res. cap. 1.*: cita varias leyes del derecho civil, como la 1., la 11. y la 37. *Dig. de Usuris*, con que se han gobernado los tribunales, y en que no se puede afianzar mucho, porque para excusar la usura no hacen mucha fuerza dichas leyes á los autores de la opinion contraria, que todos se fundan en el derecho canónico, y en que por éste quedó variado y corregido el civil. Dice que los títulos de lucro cesante, daño emergente y riesgo del capital son justos y aprobados, alegando los textos de derecho canónico, y las autoridades de los teólogos y canonistas, que en esto todos estan conformes. Luego que está contestado el pleyto, dice, que consta, y es cierto de autos el daño emergente y el peligro de perder el capital en el acreedor á vista del mismo proceso por los inmensos gastos y cuidados, que causan los pleytos. Gradúa de daño emergente los salarios de procurador, el honorario del abogado, los derechos del escribano y del juez, el papel sellado, traslados y copias de instrumentos, presentacion de testigos, y otros gastos, que exceden algunas veces el valor de la cosa, que se litiga: estos gastos, y fatigas, que son precio estimables, son efectos del pleyto empezado; y quedan probados ya y ciertos desde el dia

de la contestacion. El peligro pretende justificarle, porque por justa, que sea la accion, puede frustrarla la mala fe del deudor, fingiendo excepciones, ocultando papeles é instrumentos, sobornando testigos, y con otras travesuras y excesos, que por desgracia del género humano suceden freqüentemente. Pondera la contingencia de los juicios, haciendo valer para esto las palabras de las mismas leyes, como las de la 13. *Dig. de Statu hominum servus in caussa capitali fortunae iudicio à domino commissus*, las de la 3. *Cod. de Legibus fata caussarum*; el giro y empleo incesante del dinero en censos, especialmente en Cataluña; la utilidad privada y pública, excusándose en cada pleyto otro, que habria de seguirse para justificar los daños y peligros, siendo todo esto de dificil, complicada y casi imposible prueba. Se pondera allí mismo la fuerza de la costumbre inconcusamente observada, y una resolucion, con que el Consejo de Castilla, habiéndosele consultado en el año 1753 por la Audiencia de Cataluña, si los intereses, que por práctica general de la Audiencia se tasaban á cinco por ciento desde el dia de la introduccion del pleyto con la misma proporcion, que las pensiones de los censos redimibles, debian incluirse en la reduccion del tres por ciento: se resolvió, que en efecto debian quedar reducidos, exceptuando aquellos contratos, en que entren mayores intereses por razon de comercio, ó que corresponda la condenacion de intereses justificados líquidos ó liquidables, en que dixo el Consejo, que se arreglase la Audiencia á la disposicion del derecho.

El Consejo declaró usurarios los inte-

24 Este punto se quedó algun tiempo en disputa, juzgando con variedad los oidores de nuestra Audiencia segun el modo de opinar de cada uno: y

hubo tiempo, en que una sala condenaba á intereses y otra no. En el dia está terminado este asunto: pues el Secretario del Consejo con carta de 21 de octubre de 1768 escribió á la Audiencia de Cataluña, que S. A. no aprobaba los intereses judiciales, quando no habia otra causa para su condenacion, que la mora contraida por la interpelacion judicial declarandolos ilícitos y usurarios. Esta órden se publicó en Barcelona con edicto de la Real Audiencia de 15 de noviembre de 1768.

reses judiciales quando no hay para ellos otro título que la retardacion del pago.

25 No obstante este decreto pueden ofrecerse muchos casos de duda, sobre si hay otra causa para el pago de intereses, que la retardacion ó mora judicial: pues entónces no son usurarios, por no causarlos solamente la retardacion en el pago, que es lo que únicamente se ha derogado, debiendo las razones referidas, que no sirviéron para lo dicho, valer para la justificacion de dos leyes de 1784, que mandan el pago de intereses á ciertas clases de ciudadanos, y que tal vez con el tiempo se irán en parte extendiendo á otras: pues es natural, que la declaracion del Consejo se fundase en no haber ley expresa, como no la habia en realidad, sin quitar esto la utilidad y la fuerza de las razones de nuestro Oidor, para que mediante ley en algunas ó en muchas ó en todas clases de ciudadanos se adjudiquen intereses al acreedor de cierta y determinada cantidad: y entónces ya no son usurarios, porque no provienen de préstamo, ni de retardacion de pago, como voy á explicar.

Este decreto no quita la condena de intereses en varios casos.

26 Los intereses pueden nacer de alguna convencion lícita, como si se han estipulado en alguna transaccion, en fuerza de la qual pueden deberse, como precio ó parte de la transaccion y no como usura; ó pueden nacer de la naturaleza de la obli-

Enumeracion de ellos.

gacion, como en la promesa de la dote, en que las leyes mandan pagar los intereses, y lo aprueba el derecho canónico en el *cap.* 16. *de Usuris* por la presuncion de derecho, segun me parece que ha de entenderse dicho texto, en que es algo embarazosa la explicacion, de que el marido emplearia dicho dinero en alguna cosa útil, para poder con sus productos llevar las cargas del matrimonio. Puede tambien deberse interes en la entrega del precio de una heredad, cuya posesion se ha dado al comprador: este es justo, que pague el dinero, que debe como precio, y los intereses para indemnizar al vendedor la pérdida de los frutos, que hubiere padecido con la entrega de lo que podia retenerse hasta que se le hubiese dado el dinero, *ley* 2. *Cod. de Usuris*, *ley* 13. §. 20. *Dig. de Action. empt. et vend.* Pueden tambien deberse los intereses por ley, quando ésta para avivar el pago, ó para castigar la morosidad de los deudores, manda que se den: en esta clase parece, que se pueden contar en donde esté autorizado el derecho romano los intereses regulares, que las leyes romanas obligaban á pagar á los tutores de las cantidades, que invirtiéron en utilidad propia, ó que descuidando de su obligacion dexáron de emplear, *ley* 17. §. 11. *y* 12., *ley* 58. §. 1. *Dig. de Admin. et peric. tutor.* En la misma clase debemos poner los intereses mercantiles de seis por ciento, que con el *art.* 4. de la real cédula de 16 de septiembre de 1784 se mandan pagar á los artesanos y menestrales por todas las clases privilegiadas desde el dia de la interpelacion judicial por la mora y retardacion del pago, para resacirles el menoscabo, que sufren con la demora, y avivar por este medio el pago. Lo propio debe decirse de otra declaracion de S. M. de 26

de octubre de 1784, en que se resolvió, que, así como á los artesanos y menestrales se han de abonar los intereses mercantiles del seis por ciento desde el dia de la interpelacion judicial, ha de correr á beneficio de los criados el tres por ciento de la cantidad, que demandaren de sus salarios por el mismo fin, que se ha dicho de los artesanos, mandándose tener esta declaracion por adicion del *cap.* 4. de la cédula de 16 de septiembre de 1784, como si estuviese baxo de un contexto. En toda esta especie de intereses no puede tener lugar el decreto del Consejo, porque no se pagan por la sola dilacion ó retardacion del pago, sino porque son parte de precio, compensacion de lucro cesante, ó daño emergente, ó pena de la misma ley, que por justas causas puede transferir el dominio y adjudicarle á quien lo exîge la causa pública. Del *cap.* 2. *num.* 11. y siguientes del *lib.* 2. *Com. ter.* de la *Curia Filípica* y de la práctica de todos los tribunales es claro tambien, que quando el actor es mercader, probando que lo es, tiene derecho á la adjudicacion de intereses por el lucro cesante y daño emergente, que es notorio con la calidad del demandante. En la misma carta, arriba citada del Secretario del Consejo á la Audiencia de Cataluña de 21 de octubre de 1768, consta haber aquel supremo tribunal aprobado los intereses mercantiles, fixados á ocho por ciento respecto de la práctica del comercio del Principado, pudiendo excusarse la liquidacion, y prueba formal de ellos y regulándose las sentencias al mismo fuero. Con órden de 3 de octubre de 1771 el interes mercantil se reduxo de ocho á seis por ciento como habia propuesto la Junta Particular de Comercio de Barcelona, salvo el riesgo en los contratos marítimos. Esta especie de intereses ó estas

usuras se llaman compensatorias: y pueden verse en el *cap.* 2. citado del *Com. ter.* de la *Curia Filípica* algunos casos, en que puede juzgarse del mismo modo de otros intereses, pudiendo ya dar lo referido bastante luz en este asunto.

Quando la sentencia debe comprehender la condena en costas por derecho civil y de Castilla.

27 La condena de la sentencia no solo debe comprehender los intereses, de que hasta ahora he tratado, sino tambien en algunos casos las costas. De la *ley* 79. *Dig. de Iudic.*, del título de Instituta *de Poenis temere litigantium*, y de la *ley* 8. *tit.* 3. *part.* 3. consta, que el vencido debe ser condenado en las costas, si fué temeraria su pretension. Conforme á esto en la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 18. *numer.* 9. se dice, que, no habiendo justa causa de litigar, ha de ser condenada la parte en costas, y que debe presumirse, que no la tuvo el actor, que no probó, ó no llegó á presentar testigos para probar su pretension, y que en nombre de costas en caso de duda y regularmente solo se entienden las procesales: en la segunda sentencia, con que se confirma la apelada, dice la *ley* 27. *tit.* 23. *part.* 3., que ha de ser condenado el litigante en costas: pero en quánto á esta ley, como á otra semejante, que luego citaré de Cataluña, parece que se ha admitido el temperamento de no hacerse dicha condena, quando se reconoce justa causa para litigar ó haber litigado el que queda vencido.

quando por derecho de Cataluña.

28 Con arreglo á las leyes del derecho romano hay muchas en todos los estados, que estrechan esta materia, y previenen la condena en costas. Cancér *de Iurisdict. num.* 31. *hasta el* 34. dice, que quándo alguna ley manda, que se condene la parte vencida en costas, se ha de entender esto, como parece regular, quando la parte no tuvo justa causa de litigar. En Cataluña con la *const.* 4. *de Despesas*

sala, *si supplicatum fuerit in forma*, esto es en otra sala, como se hacia antiguamente en las suplicaciones de sentencias ó decretos, que tuviesen fuerza de sentencia, como que el suplicar *contrario imperio* era suplicar en el modo de hablar indicado al mismo juez en sentencias interlocutorias, para que con contrario decreto se revocase lo mandado en el anterior, y el suplicar en forma era en las suplicaciones formales, que correspondian antiguamente á otra sala, para que se conmutase la sentencia definitiva ó interlocutoria, que tuviese fuerza de tal.

Algunas sentencias interlocutorias causan daño irreparable en la definitiva: enumeracion de las que han de graduarse como las definitivas.

5 De las sentencias interlocutorias hay algunas, que causan grave daño á la parte, é irreparable por la sentencia definitiva, en cuyo número se cuenta en algunas partes el mandamiento de execucion, tanto si se hace al fin del juicio ordinario, como en el principio del extraordinario, y en otras partes la sentencia de remate, la de liquidacion de cuentas y otras semejantes, Cancér *de Sent. n.* 133. *hasta el* 156. *num.* 163. *In quibus caus. non lic. suplic. num.* 61. *hasta el* 96. *num.* 117. *y* 118. Fontanella en la *decis.* 383. *num.* 8. y en las *decis.* 384. *y* 385. cita varios autores prácticos, que tratan por menor de todas las sentencias interlocutorias. Esta relacion á dichos autores, y la regla general, de que toda sentencia interlocutoria, que cause grave daño irreparable por la definitiva, tiene fuerza de definitiva, debe bastarnos por ahora, y lo que sientan generalmente los autores conviniendo, en que todas las sentencias interlocutorias, que causan dicho daño, deben graduarse como las definitivas en quanto al efecto de apelacion y suplicacion, por concurrir las mismas causas como es manifiesto: pues quando el decreto interlocutorio obra los mis-

mos efectos, que la sentencia, es justo que se dé á la parte agraviada con él el mismo remedio de apelacion y otros, que tienen las partes quando el agravio es de alguna sentencia.

Sentencias con que se absuelve de la instancia.

6 Á mas de las sentencias referidas hay otras, que casi no tienen efecto ninguno, como quando el juez absuelve al reo de la instancia: en qual caso es cierto, y traen todos los autores, y entre estos la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 18. *n.* 7. y 8., que se puede volver á poner demanda contra el reo. La dificultad consiste en saber, quando el juez debe absolver de la instancia, y no en el otro modo regular de darle por libre definitivamente. Esto se dice en el lugar citado de la Curia Filípica, que ha de hacerse, *quando por defecto de la solemnidad y orden del juicio y autos de él ó duda en ellos no se pueda condenar.* Creeré, que quando se trasluce, que la parte tiene derecho, y no ha podido probarle, se absuelve de la instancia el reo, y que, quando la parte ha probado lo que ha querido sin resultar derecho á su favor, se ha de absolver definitivamente.

Razones para prescribir algunas formalidades en la sentencia.

7 Voy ahora á explicar la naturaleza de la sentencia, y lo que comprehenden las palabras de su definicion. Debe darse la sentencia con las debidas formalidades, que prescribe el derecho, para que ella se pronuncie legítimamente y con la circunspeccion correspondiente. Han querido sabiamente las leyes, que en la formacion y publicacion de una cosa, en que se contiene toda la administracion de justicia, y que es la basa, en que se sostiene todo el estado, se tomasen todas las medidas y precauciones, que puedan hacer infundir respeto, y asegurar á los hombres, que no hay colusion, atropellamiento, violencia, ó acto clandestino, que dé que sospechar á los interesados, para cuya satisfaccion,

y la del público se manda dar la sentencia con varias formalidades.

Formalidad de la citacion de las partes para la sentencia.

8 La primera es la de citar anteriormente las partes, como infieren los autores, que debe hacerse de la *ley* 47. *Dig. de Re iudicata*, de la 7. *Cod. Quom. et quando iudex sent.*, y de la 5. *t.* 26. *part.* 3.: y ésta es la práctica, como se vé en los autores citados por Cortiada en la *decis.* 24. *num.* 169. *hasta el* 173. y en la *Curia Filípica Juic. civ.* §. 16. *n.* 31., diciéndose en la *parte* 5. de la misma §. 3. *num.* 9., que en la segunda instancia no es necesaria la citacion.

de proferirla en el modo debido, y en el lugar acostumbrado.

9 La segunda formalidad es, que se profiera la sentencia, ó se haga su publicacion en el modo debido, y en el lugar acostumbrado del juicio, en donde suelen publicarse las sentencias, *ley* 59. *Dig. de Iudiciis*, *ley* 5. *Cod. Quom. et quando iud. sent.*, bien que concurriendo justa causa no puede haber reparo en la variacion del lugar.

de llevarse escrita, y de leerse en presencia de las partes.

10 La tercera formalidad es relativa al modo de la publicacion, trayéndola escrita ó firmada el juez, *ley* 2. *Cod. de Sent. ex peric. recit.*, leyéndola en presencia de las partes estando él sentado, como dicen *pro tribunali*, y en silla de respeto, ó mandándola leer por el escribano, si es persona ilustre el juez, *ley* 2. *Cod. de Sentent. ex peric. recit.*, *cap. ult. de Sentent. in* 6., *ley* 5. *tit.* 22. *part.* 3. En el dia en casi todos los tribunales se hace en esta forma leyendo el escribano la sentencia. En cosas de poca monta no es menester todo el aparato referido, y pueden expedirse de plano, como se dice en la *ley* 18. §. *ult. Dig. de Quaest.* y en la 6. *Dig. de Accusat.*: pero las determinaciones ó resoluciones, de que hablan dichas leyes, con dificultad merecen el nombre de sentencias.

de publicarse en dia jurídico.

11 La quarta formalidad, aunque comun á todos los actos judiciales, es que se haga esta publicacion en dia jurídico, ó no feriado, *ley* 4. *Cod. Quom. et quando*, *ley* 6. *Dig. de Feriis*, y antes de ponerse el sol, *ley* 2. §. 31. *Dig. de Orig. iur.* En esta materia es preciso atender el estilo de los tribunales: pero generalmente estan en uso las formalidades referidas, y la de que deba ser publicada la sentencia, para que tenga efecto, debiendo procurarse esta circunstancia por quien quiera valerse de ella.

La sentencia debe darse en lengua comunmente conocida y entendida por los litigantes.

12 Desenvolvamos ahora lo que comprehende la palabra *decision*. Como esta debe ser la regla, á que han de ajustarse las partes, que litigan, es claro, que ha de darse la sentencia en lengua conocida ó entendida por los litigantes. Por esto en la *ley* 12. *Cod. de Sent. et interloquut. omn. iud.* se decia por los Emperadores Arcadio y Honorio, que podia darse la sentencia en latin y en griego por la inteligencia, que habria de ambos idiomas en el imperio romano, debiéndose referir lo que dice de las sentencias en griego á las provincias de la Grecia, que obedecian al imperio romano: por lo demas generalmente en tiempos antiguos se extendian, como parece de la *ley* 48. *Dig. de Re iudicata*, todos los decretos, sentencias y actos de alguna formalidad y seriedad en lengua latina, que era la dominante en el imperio romano, y debia suponerse sabida ó entendida por todos los subditos de él.

De consiguiente no debe en el dia proferirse en latin.

13 Por las mismas razones, por que se hacian antiguamente en latin las sentencias, han de pronunciarse en la lengua vulgar del estado respectivo: en el *art.* 6. de la cédula de 23 de junio de 1768 se mandó cesar el estilo de poner las sentencias en latin en la Audiencia de Cataluña, y en qualquiera

tribunal secular del reyno, en que se observase tal práctica: *por la mayor dilacion*, dice S. M., *y confusion, que esto trae, y los mayores daños que se causan, siendo impropio, que las sentencias se escriban en lengua extraña, y que no es perceptible á las partes, en lugar que escribiéndose en romance con mas facilidad se explica el concepto, y se hace familiar á los interesados.*

14. Seria tambien contrario al fin de la decision qualquiera incertidumbre ó duda, que se dexase en la sentencia, la qual por esto debe ser cierta, como dicen las leyes y autores, esto es, ha de definir y determinar la cantidad ó la cosa, que se ha de dar, ó lo que se ha de hacer, §. 32. *Instit. de Action.*, *ley ult. Cod. de Sentent. quae sine certa quantit.*, *ley* 5. §. 1., *ley* 59. §. 1. *Dig. de Re iudic.*, bien que, como se puede ver en los textos citados, y en todos sus comentadores, basta que sea cierta la sentencia por relacion á la demanda ú á otra cosa, con que se haga cierta y determinada: y en los juicios universales de herencia, restitucion de frutos, obligaciones disyuntivas y otras semejantes, no puede haber en la sentencia otra determinacion, que la misma universalidad, sobre que recae la disputa, ó la obligacion disyuntiva, acostumbrándose en dichos casos reservarse en la sentencia para despues la liquidacion de frutos y otras diligencias, que se suelen seguir de la decision. Por lo mismo, que se ha dicho, no debe ser condicional, sino absoluta la sentencia, *ley* 1. §. 5. *Dig. Quando apellat.*, *ley* 14. *tit.* 22. *part.* 3., ménos quando se trate de condicion naturalmente implícita ó inherente en la cosa, de que se controvierte en los autos. Por lo demas es claro, que, siendo la sentencia la que ha de cortar dudas y pleytos, no debe oca-

No debe dexar dudas, ni quedar pendiente de condicion.

sionar con incertidumbres y condiciones litigios y dificultades nuevas.

Proscrito el estilo, que tenian los romanos en proferir las sentencias.

15. Los romanos antiguos pronunciaban las sentencias en términos de expresar, que *les parecia* lo que declaraban, como se puede ver en el *cap.* 47. del *Luculo* de Ciceron: *quaeque iurati iudices cognovissent, ut ea, non esse facta, sed ut videri pronunciarent.* Trae de esto muchos exemplos Brisonio *Selectar. antiquit. lib.* 2. *cap.* 2.: pero tambien trae algunos en términos absolutos. El no hacerlo siempre así era por el predominio de la doctrina de los académicos, que no consentian en que se pudiese afirmar cosa alguna, procediéndose en esto de un modo semejante á lo que he dicho en el *artic.* 2. *sec.* 1. *cap.* 7. hablando de los testigos. En el dia deben proferirse las sentencias en términos absolutos sin temer la filosofia proscrita.

La sentencia en sus casos debe comprehender la restitucion de frutos, intereses, costas y daños.

16 La decision, para ser exâcta y cumplida, debe incluir en los casos, en que corresponda por la naturaleza de la causa, la restitucion de frutos, intereses, costas y daños, reconociéndose la absolucion ó condena de estas cosas, como apéndice, ó conseqüencia de la sentencia, *ley* 2., *ley* 4. *Cod. de Fruct. et litis expen.*, *ley* 79. *Dig. de Iudic.*, §. 1. *Inst. de Poenis tem. litig.*

Quándo y cómo debe comprehender la restitucion de frutos.

17 Los frutos deben restituirse quando los da la cosa demandada, ó pudo darlos cuidada del modo que es regular, desde el dia, en que empezó á moverse el pleyto, esto es desde el dia en que se notificó á la parte la citacion, *ley* 33. *Dig. de Rei vind.*, *ley* 2. *Cod. de Fruct. et lit. exp.*, *ley* 40. *tit.* 28. *part.* 3., Cancér *de Lit. contest. num.* 111., y esto por dos motivos: el primero, porque desde dicho dia debe reputarse el litigante poseedor de mala fe, y por consiguiente no puede disfrutar de

la cosa, que por no ser suya se le pide por justicia: y el segundo, porque siendo la cosa agena, como se declara al fin del pleyto, es justo, que el fruto de ella se adjudique al que se reconoce ser dueño de la misma cosa: y nada parece mas justo, que el actor tenga ó consiga todo lo que habria conseguido, si quando empezó el pleyto se le hubiese dado lo que pedia, que es lo que viene á decir la *ley* 20. *Dig. de Rei vind.*, y que desde dicho dia quede suspendido el dominio de los frutos, como el de la misma cosa, hasta la determinacion del juez. El condenar en la restitucion de frutos, quando los da la cosa demandada, es de práctica inconcusa en nuestra provincia, sin que se atienda á si tuvo ó no fundamentos graves el reo demandado para resistirse y seguir la causa: así consta de Cancér *de Litis contest. num.* 67. *hasta el* 88. y de las *decis.* 90. 91. 92. y 492. de Fontanella. Aunque en el caso de tener el reo fundamentos graves no pueda valer contra él la primera razon de presumirse poseedor de mala fé queda en toda su fuerza la segunda, que he dado.

18 Algunos parece que solo quieren, que deban mandarse dar los frutos desde la contestacion, porque solo desde dicho tiempo se considera moroso el reo, como parece de las citadas decisiones: pero en Cataluña consta allí mismo, que por invariada práctica se condenan los reos *à die litis motae* en el modo dicho arriba: y esto parece que es lo mas general y recibido en casi todas partes.

En Cataluña se suele mandar la restitucion de frutos á die litis motae.

19 Quando se trata de cosas, que no son líquidas, solo se hace la condenacion de frutos desde el dia, en que se hizo la liquidacion, ó se presentó el estado ó cálculo para conocer lo que quedaba líquido, Fontanella *decis.* 96. *num.* 4. *hasta el* 8. La razon es

en las cosas iliquidas desde que se presentó el estado ó cálculo

para la liquidacion.

clara, porque solo desde dicho tiempo es culpable el reo en no haber dado lo que únicamente se le pidió por mayor, y sin poder saber lo que debia dar. En la *decis.* 492. tambien dice Fontanella, que en dichas causas de liquidacion desde el dia de la tasacion de los bienes muebles, y no *à die litis motae*, deben pagarse los frutos é intereses.

20 El conocimiento de quándo se deben los frutos, de cálculos y descuentos con referencia á los mismos, de quándo forman capital para poderse pedir frutos de los frutos, que por lo comun no puede hacerse, y de otras cosas de esta naturaleza, es mas de derecho privado, que de público, dependiendo esto de la accion, que tiene el que litiga, segun la qual debe darse la sentencia. En las *decisiones* citadas de Fontanella, en las 208. *hasta la* 211. y en las 435. 436. *y* 492., como tambien en la 538. *y* 593., pueden verse varias qüestiones y dificultades sobre esta materia.

En muchas partes, tratándose de dinero, se manda pagar él con los intereses, y razones, en que esto se funda.

21 Á semejanza de la restitucion de frutos se ha introducido en muchos tribunales de Europa el condenar al actor á pagar los intereses devengados desde la introduccion del pleyto, quando se ha demandado en él una determinada cantidad de dinero, habiéndose fixado por ley ó costumbre el tanto por ciento, á que deben reducirse. Domát en el *tit.* 5. del *lib.* 3. del *Derecho privado* trata de esto, haciendo ver la utilidad de fixar los intereses por la naturaleza del dinero. Éste, dice, es un equivalente de tódo; y en cada causa pudiera pretender qualquier interesado mil géneros de perjuicios ocasionados de no haber tenido el dinero, diciendo que podria haberle empleado en un censo ó en compra de alguna finca, ó en seguimiento de alguna solicitud, ú en alguna compañía,

de plets se manda, que, no habiendo justa causa para litigar, sea condenada la parte en costas, aunque hubiere acompañado su instancia el fiscal: en la *const.* 9. *ibid.* que, confirmándose en los artículos de prévio pronunciamiento la primera sentencia con la segunda, si esta se ha proferido *ex iisdem actis*, la parte vencida precisamente ha de ser condenada en costas, como que el derecho supone, que, condenándosele no solo una vez sino dos sin variacion de probanzas, hay cierta presuncion de ser muy infundada la causa. En la *constit.* 5. *ibid.* tambien se dispone, que la parte vencida en causa de suplicacion sobre algun artículo de prévio pronunciamiento sea condenada en costas: pero nuestros autores han entendido esta constitucion al tenor de lo que he dicho, si no hubiere habido justa causa para seguir la instancia: lo peor es, que qualquiera vislumbre de razon ó colorido, que aparenten los litigantes, se les pasa por los autores y tribunales por justa causa de litigar, teniéndola por fundada ó no temeraria, siempre que haya, como ellos mismos se explican, *fumus iustitiae.* La Audiencia de Barcelona nunca condena en segunda instancia en costas de la primera, si no se hubiese hecho en esta misma la condena en costas, Fontanella *decis.* 95. *num.* 6.: y por la misma decision y la siguiente debe sentarse, que la práctica autorizada es, de que debe condenarse en costas á la parte vencida, quando no hubiere tenido justa causa para mover el pleyto, y desde el tiempo, en que empezó á cesar dicha causa justa, si, habiéndola habido en el principio, hubiese cesado despues, como puede suceder: consta igualmente del mismo lugar, que tampoco ha de excusarse la condena en costas, siempre que se hubiesen estipu-

lado por las partes, como suele hacerse, por lo ménos en Cataluña, en los censos redimibles.

Del palmario en Cataluña, quando hay dicha condena.

29 De la *decis.* 423. de Fontanella consta, que en esta provincia, quando se condena en costas á la parte vencida, se ha de dar por la misma al abogado de la parte, que gana, la mitad del salario, que se da al juez, y al procurador la mitad de lo que se da al abogado. Esto tambien se aprueba en la *ordenanza* 325. de las de nuestra Audiencia, llamándose *palmario*, que es nombre tomado de las leyes romanas. De la *decis.* 425. consta, que no tiene lugar dicho *palmario* ó *victoria*, como le llaman tambien, quando la parte vencida es pobre, y de la 426. *num.* 14., que tampoco le hay, quando el juez no tiene salario. En dichas decisiones puede hallar mayor noticia el que la quiera sobre este asunto.

En causas executivas, y quando las costas estan estipuladas ó mandadas, deben siempre comprehenderse en la sentencia.

30 En algunos pleytos por punto general está ya prevenido, que la parte vencida se condene en costas, como en nuestra *const.* 4. *Recusació de tots jutges* lo estaba, el que se condenase de dicho modo á la parte vencida en causa de recusacion de juez: pero Fontanella en la *decis.* 4. dice ya de su tiempo, que no estaba en uso. Por regla general en juicios executivos suele condenarse la parte en costas: y será esto por la terquedad y falta de causa, que se supone en resistirse al pago de una deuda tan clara y líquida, que por ella dan las leyes pronta y rígida execucion, como á cosa juzgada. Tambien se condena en costas, sin distincion de justa ó injusta causa para litigar, quando estan estipuladas, como se ha dicho, y en las causas criminales, quando se condena al reo ó al acusador, por la razon manifiesta de su culpa.

Quando hay

31 Siempre que se condena á alguno en cos-

tas suele haber tasacion de ellas, mandándola hacer el juez respectivo por tasador, si le hay nombrado, y quando no le hay por escribano. El Sr. D. Miguel de Muzquiz en carta de 14 de julio de 1778 al Intendente de Cataluña dixo, que aunque los derechos en las causas y negocios de la real hacienda deben arreglarse al último arancel, procediéndose conforme á las leyes del reyno, se formalice la tasacion por el tasador general en los pueblos, en donde lo hubiere: regla dice, que á mas de haberse adoptado por la práctica, tiene por objeto el evitar la exâccion de derechos indebidos: en conseqüencia previene, que en el juzgado de la Intendencia se practique indistintamente la tasacion de costas por el tasador general en las causas y negocios de la real hacienda. En Cataluña lo hacian los escribanos.

condena en costas deben ellas tasarse.

32 La sentencia, no solo debe comprehender la condena en costas, quando se hubiere movido y seguido el pleyto sin justa causa, sino tambien la condena en daños en los casos, en que esto corresponda por derecho. De lo que dice Fontanella *decis.* 95. *hasta la* 99. parece, que la práctica autorizada en Cataluña, y creeré, que generalmente sea lo mismo en todas partes, es de que no se suele condenar en costas y daños, sino quando fué grande la temeridad, que se tuvo en mover y seguir el pleyto: en nombre de daños, quando hay condena en ellos, dice que solo se incluyen los intrínsecos, esto es, segun puede colegirse, los padecidos inmediatamente por razon de la causa, y no los extrínsecos, que se hubieren sufrido con ocasion de ella, como si el litigante, yendo al lugar del tribunal para comparecer, ó para diligenciar la expedicion de la causa, hubiese sido robado

Quando debe comprehender la sentencia la restitucion de daños, y qué es lo que en esto se incluye.

en él camino: este es el exemplo de daño extrínseco, que pone el mismo Fontanella *decis.* 97. *n.* 8., en la qual se trata principalmente de esta materia.

La sentencia debe ser arreglada á los autos

33 La decision, á mas de ser cierta con determinacion de cosa, ó cantidad, frutos, intereses, costas y daños, ha de ser conforme á los autos, de manera, que no puede hacerse con relacion, ó en fuerza de lo que fuera de ellos conste, *ley* 18. *Dig. Com. divid.*, *ley* 6. §. 1. *Dig. de Offic. près.*

Del caso en que consta al juez la inocencia del reo, que resulta culpado de los autos.

34 Esta doctrina la defienden los autores aun en el apretado caso de una causa criminal, en que resultare culpado alguno, de quien supiere ciertamente el juez, que es inocente, no queriendo condescender el superior, á que otro decida la causa. Esta es opinion de Santo Tomás *Secunda secundae quaest.* 64. *art.* 6. *ad tertium*, de Covar. *lib.* 1. *Resol. cap.* 1. y de la mayor parte de los autores, sin que se embarazen con el argumento, de que es cosa intrinsecamente mala, y por consiguiente en ningun caso permitida, el matar á un inocente. Se da á este argumento la salida, de que en el referido caso por todas las noticias, con que debe gobernarse el juez, y que ha de preferir á su dictamen y censura propia por justísimas razones, debe tener al reo por culpado, siendo los testigos los que propiamente matan al delinqüente, y no el juez, sino indirectamente por su ministerio, en que ha de obrar por otros. Son gravísimos los argumentos, en que se funda esta doctrina, contestando todos los que la defienden, en que en semejantes lances todo lo ha de tentar y probar el juez, como el exâminar los testigos con mas cuidadosa solicitud, dar tiempo, y diferir la sentencia por si puede descubrirse la verdad, y representar al superior, para que él sea oido como testigo. No pu-

diendo esto conseguirse el juez en quanto juez es persona pública, y no debe gobernarse por conocimientos privados, sino por los que le prescriben las leyes, como regulares y propios, para absolver ó condenar: si no estuviese autorizado este principio se abriria un grande portillo á la maldad del soborno y del cohecho, con que los jueces á título de ciencia privada y particular atropellarian la justicia, sin que pudiesen ser residenciados, ni convencidos jamas de faltar á su oficio. No debe tener tanta fuerza la declaracion de un testigo, como viene á ser el juez en el caso de que se disputa, como la de dos ó tres ó mas, que debemos suponer en contra. En el *cap.* 28. §. 3. *de Offic. judic. deleg.* se dice, que no debe detenerse el juez ordinario, que ha de prestar el auxîlio, ó executar la sentencia de un delegado, aunque sepa, que es injusta, excepto si puede lograr, que se le exîma del cargo de la execucion. No obstante esto no son despreciables los argumentos de la sentencia, de que ántes ha de sufrir el juez, que le priven de su empleo y castiguen, que condescender á la muerte de el que le consta ser inocente, ó á condenarle. Si en estos lances tan apretados, de tanta importancia y gravedad, y que quizá jamas han sucedido, aun ha de decidir el juez con arreglo á los autos, no pudiendo excusarse de pronunciar la sentencia, fácil es concebir quanta debe ser la solicitud en los demas casos ordinarios en arreglar la sentencia á lo que precisamente resulta del proceso.

35 Á mas de ser la decision arreglada á los autos lo debe igualmente ser á derecho, de manera, que quando no lo es, no solo queda injusta, sino tambien nula en muchos casos, en que por desviar- *La sentencia debe ser conforme á derecho, y casos*

en que es nula por no serlo. se conocidamente del derecho las sentencias han expresado su nulidad las leyes. En esta clase ha de ponerse la sentencia, que se hubiere dado contra otra, que pasó ya en cosa juzgada, *ley* 1. *Cod. Quando provocare non est necesse*; la que se ha dado sin jurisdiccion, por no tenerla en el asunto, de que se pretende conocer, el juez, ó por estar inhibido, segun el título del Código, *Si à non comp. iud.*, *ley* 15. *tit.* 22. *part.* 3.; la pronunciada por uno, siendo muchos los que han de dar la sentencia, *ley* 4. *Cod. Quando prov. non est nec.*; la que hubiere dado el delegado fenecido ya el tiempo de la delegacion, *ley* 6: *Cod. ibid.* á no haber consentido las partes en prorogar la jurisdiccion quando ésta se puede prorogar, *ley* 2. §. 2. *Dig. de Iudic.*; la que se hubiere dado con error de cálculo, *ley* 1. §. 1. *Dig. Quae sent. sine appel. resc.*, *ley* 19. *tit.* 22. *part.* 3.; la que excede en el modo de multa ú otra cosa las facultades, que dan al juez las leyes, *ley* 5. *Cod. Quando prov. non est nec.*; la que se diere por cohecho, *ley* 7. *Cod. ibid.*, *ley* 33. *Dig. de Re iudicata*; la que se ha dado contra el órden prescrito en quanto á las formalidades, que arriba se expresáron ya, *ley* 4. *Cod. de Sentent. et interloq.*; la que se ha fundado en testigos é instrumentos notoriamente falsos, ó que se ha probado que lo son, *ley* 1. y 3. *Cod. Si ex falsis instrum.*; *cap.* 9. *de Testibus*, *ley* 13. *tit.* 22. *part.* 3., *ley* 1. *tit.* 26. *part.* 3.; la que se ha dado contra menor indefenso, *ley* 14. *Cod. de Procurat.*; la que se ha proferido contra ausente no citado, *ley* 1. §. 3. *Dig. Quae sentent. sine appel. rescind.*; la que se hubiere pronunciado contra difunto, *ley* 2. *princ.* y §. 1. *ibid.*: bien que, no constando de autos de la muerte, se sostiene la sentencia, ó no adolece ella de vicio de nulidad se-

gun Cortiada *decis.* 9. *num.* 57. y en la adicion en el *tomo* 2. á la misma *decision*; la que se da sobre cosa no comprehendida en la demanda, *ley* 16. *titul.* 22. *part.* 3.; la de pleyto no contestado, y en que no es citada la parte, *ley* 5. *tit.* 26. *part.* 3. Finalmente es nula toda sentencia contra qualquiera disposicion, que tenga fuerza de ley, *ley* 19. *Dig. de Apellat.*, *ley* 2. *Cod. Quando prov. non est necesse*, *ley* 12. *tit.* 22. *part.* 3., *ley* 3. *tit.* 26. *part.* 3.

Explicacion de quando la sentencia es contra el derecho de la parte, y no contra el derecho en sí y en general.

36 En lo últimamente dicho es preciso advertir, que no ha de confundirse el caso, en que el juez ha dado la sentencia contra el derecho, que tiene la parte bien fundado en las leyes, con él en que hubiere dado dicha sentencia contra el mismo derecho ó contra las leyes: y esto es mas fácil aun explicarlo, ó hacerlo entender con exemplos, que con la definicion: son muy á propósito para esto los exemplos, que ya dan las mismas leyes citadas 2. *Cod. Quando prov. non est neces.* y la 1. §. 2. *Dig. Quae sentent. sine apell.* El exemplo de la primera es el siguiente: por derecho romano, que generalmente está recibido en todas partes, no puede hacer testamento el que no tuviere la edad de catorce años, como que ántes de ella no puede tenerse la madurez de juicio correspondiente para disponer de los bienes, que escasamente se logra en dicha edad: si el juez concibe la sentencia en términos, de que pudo el menor, aunque no tuviese catorce años hacer testamento, es manifiestamente contra derecho, y por consiguiente nula: al contrario si el juez hubiese declarado, que el menor habia cumplido ya dicha edad, y que por consiguiente pudo hacer testamento, aunque sea ciertamente fundada y plenamente justificada en autos la menor edad de catorce años, será entónces la sentencia

contra el derecho de la parte, mas no contra las leyes: de consiguiente será injusta, y deberá revocarse en instancia de apelacion: pero no será nula. Otros exemplos del todo semejantes al expresado hay en la *ley* 1. §. 2. *Dig. Quae sentent. sine apell.*: pero basta el referido para formar juicio, y no precipitarse en querer nulidades de sentencias en todas partes por la regla ántes sentada, que es cierta, y puede fácilmente ser mal entendida. Debe distinguirse sábiamente con el jurisconsulto en la *ley* 1. §. 2. *Dig. Quae sent. sine apell.* el derecho de la ley ó constitucion, como dice allí y el derecho del litigante: *contra constitutiones autem*, dice, *iudicatur, quum de iure constitutionis non de iure litigatoris pronuntiatur.*

Sobre la utilidad y perjuicios de motivar las sentencias.

37 No solo se ha querido en algunas partes, que la sentencia fuese arreglada á derecho, sino que se motivase, ó se expresasen en ella las razones fundadas en las leyes, que sirven de norma y regla para darlas. Esto por una parte tiene muchas ventajas, como la de que precisa á los jueces á un diligentísimo estudio, para no exponerse á la censura de toda la gente entendida, que no vea bien aplicados los principios de jurisprudencia, ó bien sacadas de ellos las conseqüencias; la de que es mucha satisfaccion de las partes; la de que estas saben por donde se pierden ó ganan los pleytos, para pertrechar en segunda ó tercera instancia de apelacion ó suplicacion lo que, estando débil en la primera, hubiere sido causa de perderse el pleyto; y finalmente la de que en los procesos voluminosos es bastante guia, y sirve mucho para la responsabilidad de los jueces, y para la direccion, especialmente en las segundas y terceras instancias, hallándose en cada sentencia y provision recapitulado

todo lo que antecede, y manifestada la razon, porque obráron ó decidiéron los primeros jueces. Por otra parte se ha experimentado, que daba el razonar las sentencias mucha materia de pleytos, disputas y cavilaciones sobre los mismos motivos de la sentencia: y por esto generalmente en el dia no se motivan en la mayor parte de los reynos y repúblicas de Europa, aunque no dexa de haber algunas partes, en que se estila, como en Nápoles se mandó por nueva ley de estos últimos tiempos, segun se puede ver en el mercurio de Madrid de octubre de 1774. Cancér *de Sentent. num.* 407. dice, que por el derecho comun no deben expresarse en las sentencias las razones, que las hubieren motivado, bien que por la *const.* 2. *de Sentenc. definit.* en Cataluña debia hacerse por todos los jueces. Cortiada en la *decis.* 24. *num.* 47. *hasta el* 52. dice, que esta constitucion no debia entenderse de las interlocutorias, ni de las definitivas, que confirmasen las primeras: este derecho está ya derogado. En la *orden.* 145. de las de nuestra Audiencia leo, que se deben pronunciar las sentencias y provisiones sin motivos algunos en hecho ni en derecho: y con el *cap.* 5. de la real cédula de 23 de junio de 1768 se derogó el uso particular de Mallorca, que estaba aprobado por el *aut.* 22. *tit.* 2. *lib.* 3. *duda* 1. de los *Aut. Acord.*, mandándose, que aun los tribunales privilegiados excusen el motivar con vistos y atentos las sentencias. Queda con esto uniforme en todo el reyno el estilo de no expresarse en las sentencias las razones, en que se fundó el juez.

De la competencia del juez con remision al primer libro.

38 Declarado ya lo que es decision solo faltaria explicar, quién es competente juez, para que no quedase omitido nada de la definicion de la sentencia: pero esto está largamente dicho en el *lib.* 1. *tit.*

tul. 9. *cap.* 9. *sec.* 1. *hasta la* 45., al qual me remito: solo falta añadir, que en Cataluña á las declaraciones hechas por los árbitros se da la misma fuerza, ó mayor, que á las sentencias, como se puede ver en varias constituciones, en Cancér en el título *de Arbitris et arbitratoribus*, en Cortiada *decis.* 239. y en Tristany *decis.* 75. En estos autores puede verse largamente explicado todo lo relativo á esta materia, en que basta notar lo dicho en general, que se funda en las razones, que he expuesto en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 45. En la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* se autoriza en Castilla el derecho de execucion de las sentencias arbitrarias: de esto se hablará en su lugar.

De los votos, que forman sentencia en tribunal colegiado.

39 Por lo que toca al número de votos, que se necesita para formar sentencia en los tribunales colegiados, se ha dicho lo correspondiente en el *libro* 1. *tit.* 9. *cap.* 2. y en el *cap.* 9. *sec.* 9. *y* 19. *artic.* 3. *y* 4.

SECCION II.

De los efectos de las sentencias, accion, excepcion y execucion, y de cómo debe esta hacerse.

Los efectos de las sentencias son limitados á las personas, que litigáron.

1 Antes de explicar cada uno de los efectos de las sentencias debo advertir de todos en general, que han de entenderse limitados á las personas, que han litigado, como es manifiesto, por la razon de que lo que se hace entre algunos no debe perjudicar á los demas, que no tuviéron en ello arte ni parte, y que pudieran haber pertrechado mejor la causa y defenderla con mas acierto. Consta lo dicho de la *ley penult. Dig. de Re iudicata*, del título del *Códi-*

go Res inter alios acta, de la *ley* 20. *tit.* 22. *part.* 3. y de otros muchos textos.

2 Con todo no dexa de haber de esta regla sus excepciones: hay sentencias, qué obran su efecto aun contra personas, que no hubieren intervenido en el juicio. La primera excepcion es quando alguno aprobó ó ratificó la sentencia, *ley* 1. *Cod. Quibus res iudic.*, ó quando estaba obligado por caucion ó como fiador á pagar lo que debe el reo principal, Cancér *de Sentent. num.* 301. *hasta el* 322.

Primera excepcion de quando se aprobó la sentencia.

3 La segunda, quando aquel, á quien correspondia la principal accion y papel en el pleyto, ha permitido, que le defendiese otro, que adquirió de el mismo el menor derecho, que tenia, *ley* 63. *Dig. de Re iudic.*, *cap. penult. de Sentent. et re iudic.*, Cancér *de Tert. opposit. num.* 50. *hasta el* 53., como si el marido ha permitido, que su suegro, ó la muger siguiese el pleyto puesto sobre la propiedad de alhaja dada en dote, cuya defensa principalmente tocaba á él: éste es uno de los exemplos, que trae el jurisconsulto en la citada *ley* 63. La razon de esta excepcion es, porque el que tiene el principal interes debe imputarse á sí mismo si se ha padecido alguna omision por haber permitido, que otros le defendiesen su causa.

segunda de quando el principal interesado permitió, que otro defendiese la causa.

4 La tercera excepcion es, quando la cosa, de que se trata, es intimamente conexâ con la que incluye la sentencia, de manera que no puede separarse, como quando se declaraba nulo el testamento contra el heredero instituido debia serlo tambien contra los legatarios en quanto á las mandas, cuya subsistencia dependia de la fuerza del testamento é institucion de heredero, *ley* 3. *Dig. de Pignor.*, *ley* 8. §. 16. *Dig. de Inof. testam.*, aunque esto se varió despues, ó quando se declara ingénuo ó legítimo

tercera de quando hay intima conexion.

alguno en juicio contradictorio: pues en este caso tiene tambien su efecto la sentencia contra qualquiera, que quisiere impugnarla, Cancér de *Tert. oposit. num.* 47. *hasta el* 50. Esta excepcion se funda en la naturaleza de la misma cosa, y en que de otro modo serian en semejantes casos irrisorias y ridículas las sentencias, si no se les diese dicha fuerza.

quarta de mayorazgos, fideicomisos y otras causas semejantes, seguidas contra legítimo poseedor.

5 Por el mismo motivo, y porque no tendrian fin las cosas, que es justo que le tengan, está comunmente recibido, que en los bienes obligados á restitucion por medio de fideicomiso, mayorazgo, feudo ó qualquier otro título semejante, las sentencias pronunciadas contra algun legítimo poseedor tenga igual fuerza contra sus sucesores en los bienes, expresándose é infiriéndose bien esto de la *ley* 44. *Dig. de Re iudicata.* Confirma lo mismo la práctica, segun se puede ver en Cancér *de Tert. oppositor. num.* 98. *hasta el* 120., y en Fontanella en la *decis.* 594. *y* 595. Esta última excepcion debe entenderse, quando no hubiese habido fraude, dolo ó colusion en dar ó proporcionar la sentencia, como se puede ver en los mismos autores citados, y aun en la *ley* 44.

quinta de causas de derechos universales de los pueblos respecto de los particulares.

6 Del mismo modo ó con la misma especie de raciocinio veo defenderse, que la sentencia legítimamente dada contra una universidad, defendida por sus regidores y síndico, en causa comun á todos los del pueblo, como de diezmo ó de otro derecho universal, que comprehende á todos los particulares, ó á alguna clase de personas, tiene fuerza y efecto de sentencia contra los vecinos, que siéndolo del mismo pueblo ó clase, y no teniendo título particular de la exêncion del derecho referido, no se han mostrado parte en la causa. Asi lo

dice Cancér *de Sententiis et earum exequut. num.* 179. *hasta el* 198. y Fontanella en la *decis.* 478.

7 Sentada la regla y excepciones en general corresponde ya decir en particular cada uno de los efectos de la sentencia, dada, como se supone, con los requisitos y formalidades explicadas en la seccion antecedente. Ó se apela ó se suplica de la sentencia: ó no se apela, ni se suplica de ella en los términos, que dirémos, que puede hacerse en la *seccion* siguiente. Si se verifica esta segunda parte pasa la sentencia en cosa juzgada, como suele decirse, y se tiene por verdad lo sentenciado y por derecho averiguado, de modo, que ya no se admite prueba, ni se da medio para impugnarla, ó de no estar á ella, aunque sea con el pretexto ó título de hallazgo de nuevos instrumentos, sino es que sea en algun caso en fuerza de restitucion *in integrum*, que es rarísimo, *ley* 25. *Dig. de Statu hominum*, *ley* 207. *de Reg. iur.*, *ley* 4. *Cod. de Re iudic.*, *cap.* 20. *de Sentent.*: por nuestro derecho de Cataluña está aprobada toda esta fuerza ó eficacia, *usage* I. *de Celebrar Corts*, Cancér *de Sentent. num.* 439. *hasta el* 460.: y en esto todas las legislaciones estan conformes.

Quando la sentencia pasa en cosa juzgada, y quál es en dicho caso su efecto.

8 De esta regla de pasar la sentencia en cosa juzgada se exceptuan las causas criminales por la *ley* 18. §. *penult. Dig. de Quaest.*, como se dirá en su lugar y las de matrimonio, como previene la *ley* 13. *tit.* 22. *part.* 3., y enseñan los canonistas con textos expresos sobre esta materia, no pudiendo la autoridad del juez, por mas respetable, que se considere, cohonestar el ayuntamiento de hombre y muger, que, aunque se declaren casados ó por la impericia del juez, ó por testigos y escrituras falsas, no lo son en realidad.

Las causas criminales y de matrimonio no pasan en cosa juzgada.

Lo mismo se dice de las sentencias nulas.

9 Tambien se exceptuan de dicha regla las sentencias nulas, como es notorio: y la fuerza, que damos á la sentencia, solo puede entenderse, de la que sea arreglada á derecho.

Dificultad sobre esto en quanto á Cataluña.

10 Con todo en Cataluña tenemos sobre esto las *constituciones* 1. *y la* 6. *de Apelacions*, en las quales se previene, que dentro de diez dias de proferida la sentencia deba oponerse la excepcion de nulidad, qualquiera que sea, sin oirse despues ninguna. Cancér *de Sentent. et earum exeq. num.* 51. *hasta el* 58. defiende, que no han de entenderse estas constituciones de nulidades notorias, y de lesion notoria, graduando de notoria nulidad aquella, que por sí misma se presenta sin necesitar de exâmen para verse ó conocerse.

La sentencia, que pasa en cosa juzgada, da accion particular.

11 Quitados estos casos de excepcion da al actor la sentencia, quando ha pasado en cosa juzgada sin impedimento de apelacion ó suplicacion, la accion, que se llama *iudicati*, perpetua y *rei persequutoria* segun la expresion del jurisconsulto en la *ley* 6. §. *ult. Dig. de Re iudic.*, para conseguir todo lo que se manda dar en la sentencia, y al reo da la excepcion, que se llama tambien *iudicati*: lo propio consta de la *ley* 19. *tit.* 22. *part.* 3.

La condenatoria dá execucion.

12 Dá finalmente la sentencia, quando es condenatoria, la execucion para cumplir todo lo que en ella se manda. Dixe de propósito quando es condenatoria, porque las absolutorias se traen con sí mismas la execucion, y por esto no necesitan de ella. Así se declaró en nuestra Audiencia de Cataluña, Peguera *tom.* 2. *de decis. cap.* 59., Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 15. *num.* 86. y siguientes.

13 Este último efecto de la execucion no es tan propio y peculiar de la sentencia, que hubiere

pasado en cosa juzgada, que no sea comun á otras, aunque no hayan llegado á tanto: pues hay algunas, que pendiente la apelacion ó suplicacion pueden ser executadas, esto es quando la apelacion ó suplicacion, que obra por lo comun dos efectos devolutivo y suspensivo, no tiene por alguna razon de derecho mas que el primero: de esto se tratará en la *seccion* 3.: pero no quita lo dicho, que en la sentencia, que ha pasado en cosa juzgada, sea uno de sus efectos la execucion, de la qual entro ahora á hablar y con alguna prolixidad, por ser el fin, á que todo se encamina, y tener bastante que saber.

En qué consiste la execucion.

14 Execucion es un acto judicial, con que verdadera ya y realmente se entrega á la parte lo que se ha adjudicado á su favor con sentencia condenatoria del colitigante: mediante la execucion se ponen en manos ó poder del que ha vencido la cosa ó cosas adjudicadas, ya sean raices ó muebles ó semovientes, con los actos de posesion ó quasi, que correspondan segun la naturaleza de lo que se trata, autorizados por el mismo magistrado, que hizo la sentencia, ó por otro, que se halle por él mismo requerido, ó por sus dependientes, con facultad de él.

Cómo se hace en quanto á determinada cantidad de dinero.

15 En las deudas de determinada cantidad de dinero, si no paga el reo, se hace la execucion ocupándosele los bienes para subhastarlos con las debidas formalidades, venderlos al mayor postor, y satisfacer con el precio al acreedor, que obtuvo sentencia favorable, ó para adjudicarlos con tasacion por lo que alcance el crédito del que insta, ó de los que instan la execucion en caso de no hallarse postor, que dé el precio correspondiente.

cómo en quan-

16 En las acciones reales, ó recayendo sobre

to á acciones reales. ellas la sentencia, condenándose á alguno, que restituya una cosa determinada, el modo de la execucion no cumpliendo el reo con la entrega es quitársele *manu militari*, como dicen, la cosa adjudicada de órden del magistrado, y poner al acreedor en posesion de ella.

cómo en quanto á acciones personales. 17 En las acciones personales, ó recayendo sobre ellas la sentencia, si se trata de que el reo debe hacer alguna cosa, se le apremia á que lo haga con multa, embargo de bienes, y aun con cárcel segun el género de cosa, que se disputa: esta es la sentencia de Heineccio contra Vinnio al §. 7. *Inst. de Verb. obl.*, segun se puede ver en los comentarios de éste con las notas de Heineccio: si se trata de determinada cantidad de dinero, no aprontándola á su tiempo el deudor condenado á pagarla, se traba execucion en sus bienes del modo, que poco ha indiqué, y pasaré luego á explicar con mayor individuacion.

cómo en quanto á juicios universales. 18 Quando con la sentencia se condena al reo á que restituya alguna universal herencia liquidados primero los créditos es manifiesto, que ántes de la execucion debe hacerse la liquidacion. Cancér *de Sentent.*, tratando de esta materia *numer.* 499. *hasta el* 508., advierte un estilo de nuestra Audiencia, que tambien lo será de otros tribunales, esto es, que quando la propiedad, que se debe restituir, excede muchísimo á lo que ya conoce el juez por lo que resulta de autos, que debe importar el derecho ó crédito, que se ha de liquidar á favor del reo, se dexen á éste bienes equivalentes, poniendo al acredor en posesion de los demas mediante la execucion. Lo que se dexa al deudor ha de procurarse siempre, que sea cumplidamente equivalente para quedarle asegurado su derecho,

por el qual es cierto que tiene la retencion en lo que corresponda.

19 Quando se trata de sentencia confirmatoria en grado de apelacion, se duda si el juez primitivo y ordinario debe executar la sentencia, ó si el que la confirmó: á favor de éste milita la razon, de que el primero desde la apelacion quedó inhibido, y se obra en fuerza de la sentencia, que confirma y no de la confirmada: á favor del otro está, que declarada nula ó injusta la apelacion queda removido el único obstáculo, que embarazaba al primer juez. Cancér *de Sentent. num.* 368. *hasta el* 376. dice, que nuestra Audiencia por los fundamentos de una y otra opinion lo suele dexar á la eleccion de la parte que gana, aunque él se inclina mas, á que sea el primer juez, cuya sentencia fué aprobada. En la *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 12. *num.* 3. se dice, que, confirmando el juez superior la sentencia apelada, toca la execucion al juez *à quo*, y que revocándola toca al superior, que la revocó, y que así se practica en Castilla, citando varios autores y leyes. En el *num.* 4. *ibid.* se dice, que la execucion de la sentencia dada por árbitros toca al juez del reo, citando la *ley* 35. *tit.* 4. *part.* 3., y la *ley* 4. *tit.* 2. *libro* 4. *Rec.*

Sobre si el juez á quo ó el ad quem debe mandar la execucion.

20 Para la execucion se disputa si debe citarse la parte, contra quien ella se dirige. En Cataluña el estilo recibido y autorizado por la Real Audiencia, y con invariable práctica, segun se puede ver con lo que dicen Cancér *de Sentent. num.* 354. *hasta el* 361. y Fontanella en la *decision* 384. *num.* 5., es de que, si la parte hubiere comparecido en la causa, se le cita, ó se le hace saber el decreto del modo regular, con que suelen notificarse todos los autos judiciales, conforme á la *ley* 47. *Dig. de Re*

Quándo y cómo debe citarse la parte para la execucion.

iudic.: si no hubiere comparecido, ni mostrádose parte en la causa, como si se ha de hacer la execucion contra el heredero ó sucesor en el oficio, ó en semejantes casos se le cita formalmente, para que oponga lo que tuviere por conveniente á su derecho por lo que pudiera ser. Lo mismo parece inferirse en quanto á Castilla de la *Curia Filipica Juic. execut.* §. 14. *num.* 7. y de la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*

Órden que debe guardarse en la execucion.

21 En la *ley* 15. §. 2. *Dig. de Re iudicata*, con la qual está conforme la 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* y otras muchas y la práctica de todas partes, está prevenido el órden, que por una equidad natural se observa en todo tribunal, de trabar execucion en los bienes del deudor condenado á pagar determinada cantidad de dinero: este órden se reduce, á que primero se trabe la execucion, y pase á la venta de los bienes muebles ménos preciosos, despues á los mas preciosos: y de estos finalmente se pasa á los bienes raices hasta cubrir la deuda, y satisfacer al acreedor, pagadas siempre, como se supone, las costas de los bienes del deudor por la razon, que se dirá despues. En la *Cur. Filíp. Juic. execut.* §. 15. se trata con bastante extension de lo que debe comprehenderse en nombre de bienes muebles y de los raices.

No debe hacerse en algunas cosas, ni con perjuicio del beneficio competentiae.

22 En la execucion, que se manda hacer conforme á derecho, deben tenerse dos miramientos, el uno de no llegarse con ella hasta algunas cosas, en que por justos respectos no se permite, y el otro de no perjudicar al beneficio, que llaman los jurisconsultos *competentiae* ó *ne egeat.* De esto hablarémos despues: ahora vamos á los bienes, en que no se puede trabar execucion.

No se traba

23 Segun la *ley* 61. *tit.* 4. *lib.* 2. y la 6. *tit.* 17.

lib. 5. *Rec.* no se puede trabar execucion en las armas y caballos de los caballeros ó hidalgos, ni en las casas de su morada, sino es que sea por deuda real, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 16. *num.* 7.

en armas, caballos, ni casas de hidalgos.

24 Segun la *ley* 4. *Cod. de Exequut. rei iudic.* y la 3. *tit.* 27. *part.* 3. no se puede hacer la execucion en los salarios de los soldados, sino dexándoles lo necesario, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 16. *num.* 11.: y del *num.* 12. *ibid.* es claro, que debe entenderse lo mismo con las rentas de los eclesiásticos. En el *art.* 4. *tit.* 1. *trat.* 8. *Ord. mil.* se dice, que los oficiales y soldados de actual servicio no pueden ser executados en armas, caballos, vestidos, ni en los de su muger, exceptuándose solamente los dos casos de deuda de alcances ó créditos de la real hacienda, y de deudas contraidas ántes de entrar en el servicio, y no debiendo aun en este caso recaer la execucion en muebles del uso militar.

ni en sueldos de soldados, con alguna limitacion.

25 Segun el *num.* 8. §. 16. *Juic. execut.* de la *Curia Filípica* no se puede hacer execucion en los libros de estudiantes, letrados y abogados, por compararse con las armas de los soldados, y por graduar los intérpretes regularmente la ciencia del derecho por nobleza militar. En el *artículo* 16. del *tit.* 2. de nuestros estatutos tambien se previene, que no puedan sacarse prendas ni venderse los libros de los estudiantes de su facultad respectiva en el tiempo, en que fueren oyentes, sino precediendo informacion de sospecha de fuga.

ni en los libros de estudiantes y letrados.

26 Tampoco puede trabarse execucion en los instrumentos, aparejos y animales de labranza, *ley* 7. y la *auténtica*, *Agricultores Cod. Quae res pign.*, *ley* 25. *y* 28. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, *const.* 3. *y* 4. *de Execució de sentenc.*

ni en los aparejos y animales de labranza.

27 Segun la *ley* 2. *cap.* 6. y la 3. *cap.* 6. *tit.* 17.

ni en las ye-

guas de cria. *lib.* 6. *Rec.* tampoco puede hacerse en las yeguas destinadas para la cria de caballos de casta.

ni en los instrumentos destinados para labores y manufacturas. 28 He leido órden de 25 de mayo de 1778 de la Junta de Comercio, con la qual se remitió para su observancia la cédula de Cárlos II. de 16 de mayo de 1683, para que á los fabricantes de texidos de seda no se les pueda embargar ni vender por deudas civiles los tornos, telares y demas instrumentos de su oficio. Con real cédula de 27 de mayo de 1786 se mandó, que á todos los operarios de las fábricas de estos reynos, y á los que profesan los oficios, qualesquiera que sean, no se les puedan embargar ni vender los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas, y que se observe lo mismo con los labradores y sus personas, así como por la *ley* 25. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* se exîmen sus aperos y ganados de labor.

ni en la ropa de uso diario. 29 Tampoco puede hacerse execucion en las camas, vestidos y demas cosas necesarias de uso diario, *Curia Filípica Juic. execut.* §. 16. *num.* 19.

Cómo debe entenderse todo lo dicho. 30 Algunos por las últimas palabras de la *ley* 4. *Cod. de Exequut. rei iudic.* quieren defender, que no habiendo otras cosas, en que trabar execucion, puede hacerse en los instrumentos de labranza y en otros bienes privilegiados: pero no conviene en esto Peguera en el *cap.* 186. *tom.* 1. de *Decis.*, diciendo, que la *ley* 4. citada, la qual parece, que solo prohibe la execucion en los salarios por suponer, que hay ótros de que echar mano, entienden los autores, que habla de la hipótesis, en que el empleado no ha de perder por la execucion todo el sueldo ó emolumento del empleo: si le hubiere de perder todo dicen, que tampoco podria hacerse en él la execucion.

El beneficio 31 Debe igualmente tenerse miramiento en no

perjudicar en la execucion al privilegio, que llaman los intérpretes de *competencia* ó *ne egeat*, esto es al que tienen algunas personas, de que han de ser executados en sus bienes sin perjuicio de la cóngrua sustentacion, que les debe quedar íntegra en alimentos, vestido y habitacion. Este privilegio se concede entre personas de estrecho vínculo de sangre, no pareciendo correspondiente, que se executen hasta lo vivo de un modo, que si no puede decirse cruel, por hacerse en fuerza de deuda de justicia, no puede dexar de parecer durísimo: y así el marido y la muger gozan recíprocamente entre sí de dicho beneficio, §. 37. *Inst. de Action.*: del mismo disfrutan los padres y los hijos, los patronos y libertos, §. 38. *Inst. de Action.*, *ley* 16. 17. *y* 18. *Dig. de Re iudic.*, *ley* 1. *tit.* 15. *part.* 5., y tambien los que tienen compañía universal de todos los bienes, dicho §. 38., *ley* 16. *Dig. de Re iud.*, *ley* 1. *tit.* 15. *part.* 5., por considerarse entre ellos una especie de hermandad: por el mismo motivo, con argumento de equivalencia de razon, le extienden los escritores á los verdaderos y propios hermanos, verificándose en ellos la realidad de una cosa, cuya sola imágen obra, y da á los compañeros el privilegio de competencia.

competentiae *se concede al marido, á la muger, padres, hijos, patronos y libertos, hermanos y socios en compañía.*

32 La atencion, que se tiene á los padres, patronos, hermanos y compañeros, parece igualmente y casi mas justo, que se tenga con el donador, quando se trata de donacion meramente gratuita, siendo ciertamente sensible, que de lo mismo, que alguno ha dado, se hagan armas contra él hasta el extremo de privarle de los alimentos necesarios para su sustento: por esto se le concede tambien dicho beneficio, §. 38. *Inst. de Action.*, *ley* 19. §. 1. *Dig. de Re iudic.*, *ley* 4. *tit.* 4. *part.* 5.

á los donadores.

á los soldados.

33 Por la causa pública de las armas se concede tambien á los soldados, *ley 6. y 18. Dig. de Re iudic.* : lo mismo comunmente se entiende de los nobles.

á los desheredados, á los que se abstienen de la herencia paterna, y á los que por desgracia hacen cesion de bienes.

34 Por conmiseracion se concede á los desheredados, á los que se abstienen de la herencia de su padre, *ley 49. Dig. de Re iudic.*, y á los que han quebrado por contratiempo ó desgracia sin culpa ni dolo de su parte, los quales pueden hacer cesion de bienes y cumplir con ella gozando de dicho beneficio, §. 40. *Inst. de Action.*, *ley 4. y 6. Dig. de Cessione bonorum* : los textos citados solo hablan de lo que hubieren adquirido los deudores, que han quebrado, despues de la cesion de bienes, ó que solo en quanto á los dichos cabe el beneficio: pues, léjos de quedar desobligados de sus deudas con dicha cesion, se les suele hacer prestar caucion juratoria de pagar, si con el tiempo mejorando de fortuna tuvieren bienes para ello. Parece esto consiguiente al fin, que tuvieron los romanos en admitir el beneficio de la cesion de bienes, para que con él pudiesen los deudores huir de la cárcel, ó de la dura esclavitud, ó de la entrega, que se hacia de ellos á sus acreedores: y de este mismo modo, ó con limitacion á los bienes de nuevo adquiridos, supone Covarrubias, que se da dicho beneficio en el *lib. 2. Var. resol. cap. 1. num. 6.* citando dicha *ley. 4.* y la 3. *tit. 15. part. 5.* A los que por dolo y culpa se han puesto en estado de insolventes en ninguna parte, y en ningunos bienes se les concede, *ley 51. Dig. de Re iudic.*

Plazo á los que han de pagar en dinero.

35 Habiendo explicado ya, quáles sean los bienes, en que ha de trabarse la execucion sin perjuicio del derecho de competencia, veamos como ella debe hacerse. A los reos condenados á pagar alguna

cantidad de dinero se les suele conceder un plazo de tiempo breve para el pago de lo que deben, *ley* 21. *Dig. de Iudic*, *ley* 105. *Dig. de Solut.*: generalmente suele concederse el término de diez dias. En la *ley* 6. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.* se dice, que al deudor se dan para pagar deuda procedida de dineros diez dias y tres siendo de muebles ó raices. En Cataluña parece que se dan diez sin dicha distincion.

36 Pasado dicho tiempo y instando el acreedor provee el juez el mandamiento de execucion. Este consiste en mandar al alguacil, que haga la execucion conforme á derecho en los bienes del deudor por la cantidad, en que está condenado, por la décima de ella, en donde hay estilo de exîgirla, y por las costas, notificándose despues de hecha su estado por el escribano, el qual autoriza ésta y todas las demas diligencias, que se practican. Antes parece, que aun en causa civil, seguida por los trámites, de que hasta aquí se ha hablado, se mandaba la execucion en la persona del deudor: pero en el dia no puede esto hacerse por nuevas providencias, de que se hablará despues en el *tit.* 3. *cap.* 2. *sec.* 2.

Pasado dicho tiempo corresponde el mandamiento de execucion, y en qué consiste.

37 Los ciudadanos de Barcelona deben ser requeridos para el pago ántes de despacharse el mandamiento de execucion, Peguera *Adicion Práctica rubr.* 29. *num.* 24.

Los ciudadanos de Barcelona deben ser ántes requeridos.

38 El alguacil encargado de la execucion ántes de empezar requiere al deudor por si quiere pagar la deuda á la parte, que insta la execucion: en caso de allanarse, pagándola con las costas hasta entónces causadas, debe sobreseerse, sin poderse llevar otros derechos de execucion, que los del mandamiento ó del camino, si se hiciere la execucion fuera del pueblo, *ley* 18. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*: para llevar décima

Cómo se empieza la execucion, exigiéndose al mismo tiempo la fianza de saneamiento.

es necesario, que pasen setenta y dos horas contadas desde la en que se trabó la execucion, *ley* 30. *titul.* 21. *lib.* 4. *Rec.* : no teniendo el deudor facultades ó voluntad de pagar traba el alguacil execucion en los bienes muebles, y en su defecto en los raices, que sean necesarios para verificar el pago, describiéndose todos, y entregándose á persona, que se obligue á tenerlos á la disposicion del tribunal: trabada la execucion requiere el alguacil al deudor para que dé fianza de saneamiento de los bienes executados.

En qué consiste dicha fianza.

39 La fianza de saneamiento consiste en la obligacion de que los bienes executados serán suficientes para la satisfaccion, haciéndose responsable el fiador, que ha de ser abonado y renunciar á todos los beneficios con sumision á todo fuero, *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 7.: en este mismo capítulo se dice, que, quando el executado no tiene fiador de saneamiento, hay estilo de dar con citacion de parte testigos, que digan, que los bienes señalados por el deudor son suyos, y que valen la quantía, por la qual se hace la execucion: pero ya se previene allí mismo, que estos testigos vienen á ser fiadores, citándose para esto la *ley* 4. §. 3. *Dig. de Fideiussor. tutor.*, que en realidad lo prueba. Antes en el requerimiento ya se apercibia al deudor, que no dándose la fianza de saneamiento se le pondria preso: y realmente así se executaba en caso de no darse, como consta de dicha ley, de Paz y de todos los autores. Quitado en el dia el apremio de la prision, como se ha indicado ya, solo parece que puede verificarse el de ampliarse la execucion en los bienes, que en qualquiera parte tenga el deudor.

Los ministros

40 Salazar en su *Práctica part.* 1. *Juic. execut.*

pag. 13. *hasta la* 19. dice, que los ministros de la execucion, y especialmente el escribano, son los que han de informarse de las fianzas de saneamiento, quedando responsables de los daños, si salen fallidos. Esto será en conseqüencia de comisionárseles para hacer y autorizar la execucion.

de la execucion son responsables de la idoneidad.

41 Despues de estas diligencias se notifica por el escribano el estado de la execucion al deudor; y dándose éste por dados los pregones de la ley, y protestando usar de su término, como algunos lo hacen, no se dan: pero, no habiendo este allanamiento del deudor, es preciso darlos.

Notificacion del estado de la execucion al deudor.

42 Tres son los pregones, que han de darse á los bienes executados, siendo raices en veinte y siete dias, cada nueve dias el suyo, y siendo muebles en nueve dias, cada tres dias uno, *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. exec.* §. 18. *n.* 2. En deudas fiscales se dice allí mismo, y en la *ley* 18. *tit.* 7. *lib.* 9. *Rec.*, que los raices solo se han de pregonar por nueve dias, y los muebles por tres: lo propio dice el referido autor, que se entiende en casos de hermandad, como consta de la *ley* 43. al fin *tit.* 13. *lib.* 8. *Rec.*: de esta misma consta, que en cada uno de estos términos de nueve y tres dias deben darse tres pregones, esto es, de tres dias cada uno en el término de nueve, y de un dia en el término de tres. El primer pregon se ha de dar en el lugar, donde reside el executado y los otros donde residiere la audiencia, *ley* 36. *tit.* 4. *lib.* 3. *Rec.*

Cómo y en qué tiempo deben darse los pregones.

43 En el *num.* 4. de dicho §. 18. *del Juic. execut.* se dice lo siguiente: *Quando se dan los pregones en tres dias se ha de dar cada dia el suyo, y por término de ellos han de pasar quatro dias, en que se cuente el del primer pregon: y dándose en nueve dias el segundo se ha de dar el quarto dia desde el primero contándose*

en él y el tercero se ha de dar el séptimo dia desde el primero contándose en él, de suerte que pasen diez dias desde el primero contándose en ellos: y dándose en veinte y siete dias el segundo pregon se ha de dar el decimo dia desde el primero contándose en él, y el tercero se ha de dar el diez y nueve dias desde el primero contándose en él, de suerte, que pasen treinta dias despues, que se dió el primer pregon, contándose en ellos el dia de él, porque con este dia, que se añade á los tres y nueve dias, y tres á los veinte y siete, se suple la falta, que hubo en ellos para ser cumplidos y lo vienen á ser.

Citacion de remate.

44 En el §. 19. del mismo *Juic. execut.* se habla de la citacion de remate, la qual debe hacerse al reo, ántes de venderse los bienes en la subhasta y despues de dichos pregones, para que dentro de tres dias pague, ó alegue sus excepciones en caso que tenga alguna, como se verá que puede tenerlas en el *tit.* 3. *cap.* 2. *sec.* 3., *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*: en caso de tener alguna se le concede término de diez días, que empiezan á correr desde la oposicion, *ley* 19. *ibid.*: pero esto rara vez sucede, quando va seguido el juicio ordinario, y la execucion se insta encontinente, y en conseqüencia de haberse dado sentencia y pasado en cosa juzgada: porque, si el reo tuviese alguna de dichas excepciones, ya la habria opuesto en los términos anteriores. Lo mas regular de ofrecerse dichas excepciones es, quando ya ha pasado algun tiempo, en el qual puede haber pagado el deudor, y en fuerza de la sentencia pide la execucion la parte, que obtuvo sentencia favorable: pero no obstante en el corto término ó tiempo, que va en el juicio ordinario desde la sentencia hasta la execucion, puede haberse verificado el pago de la deuda, ó la satis-

faccion de ella; y debe en este caso ser oida la parte.

45 De las *leyes* 2. 3. *y* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* consta, que para probar las excepciones, que tenga que oponer el reo citado de remate, se da el término de diez dias á las partes, y que han de correr desde el dia, en que se opusiere el deudor á la execucion, concediéndose el traslado correspondiente á acreedor y deudor: en la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 20. *num.* 3. se advierte, que en este término no se cuenta el dia, en que se hace la oposicion, que empieza á correr en el siguiente, y que al acreedor no corre hasta que se le notificare la oposicion. *Término para oponer excepciones.*

46 En el mismo §. 20. *num.* 1. se dice, que la oposicion del deudor á la execucion se ha de hacer dentro del término de la citacion de remate; y en el *num.* 2. *ibid.*, que puede aun hacerse despues, como sea ántes de estar sentenciada la causa de remate: no parece que pueda haber reparo en que se haga tambien ántes de la citacion de remate: pues ántes de ella puede hacer el deudor oposicion á la execucion; y la *ley* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* dice, que los diez dias corren *desde el dia, que se opusiere* (el deudor) *á la tal execucion en adelante*: y esto parece muy regular.

47 En la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 21. *n.* 1. se dice, que, pasado el término de la citacion de remate, no habiendo oposicion, ó habiéndola pasado el término de ella, el juez sin otra citacion de las partes, dándoles solamente los autos para informar sin dilacion si lo pidieren, sentencia la causa de remate, dando la execucion por ninguna, ó mandando continuarla, y hacer el trance y remate y pago á la parte, como fuere justicia. *Pasado él, se da la sentencia de remate.*

48 En el *num.* 2. *ibid.* se dice, que ántes de ha- *Quándo debo*

darse la fianza de la ley de Toledo. cerse el remate debe darse por el acreedor la fianza, que suele llamarse de la ley de Toledo, que es la 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, expresándose ser esta circunstancia necesaria, aunque no se oponga el deudor á la execucion, ó no apele ni la pida. De la *ley* 2. citada no parece, que se deba dar siempre la indicada fianza, sino quando el deudor alega paga ó excepcion, que no pueda probar dentro de los diez dias: en este caso debe dar el acreedor fianza, de que si el deudor probare la paga, ú otra excepcion, que le pueda excusar, le volverá lo que pagáre con el doblo por pena en nombre de interes, y que reciprocamente el reo, que dixere, que tiene testigos aqüende los puertos fuera del arzobispado ú obispado, donde se pide la execucion, para probar la paga, ó excepcion legítima, á quien se da el termino de un mes para probar sin detenerse el curso de la execucion en el modo dicho, ha de pagar otro tanto, como lo que pagó.

49 Paz en su *Prax. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 7. *numer.* 14. dice, que si el reo executado apela de la sentencia de remate el juez manda, que sin embargo de la apelacion se haga pago al actor, dando primero la fianza de la ley de Toledo, con la qual se promete volver los bienes al executado en caso de declararse por ninguna la execucion: y tanto esto, como lo ántes referido, parece que prueba, que no siempre debe darse dicha fianza: y aunque en la *ley* 19. del mismo *tít.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, hablándose de la execucion, se dice, que debe mandar el juez hacer remate, y pago *dando las fianzas la parte, que pide execucion, que la ley de Toledo, y otras de estos reynos disponen*; parece que esto debe entenderse con relacion á los casos, en que lo mandan dichas leyes. No obstante esto veo, que son en bastante

número los autores, que defienden la necesidad de darse dicha fianza en los otros casos.

50 En Cataluña no se da caucion sino en los dos casos, de que se hablará en la *seccion* 3. *capítulo* 2. *titulo* 3. En quanto á término de prueba para las excepciones no hallo determinacion particular; y se regulará esto por la regla general de los términos de prueba en el modo dicho en el *cap.* 7. *sec.* 1.

En Cataluña sólo se da caucion en dos casos.

51 Verificada la sentencia de remate se provee por el juez el mandamiento de pago, en fuerza del qual requiere el alguacil al deudor para que pague la cantidad, en que fué condenado con la décima y costas, y no haciéndolo se sigue en la execucion: con nombramiento de peritos, hecho por las partes, ó de oficio en su caso y lugar, se tasa la alhaja, se echan pregones ó quarto pregon, y se señala dia para el remate. Puede verse el curso de estas diligencias en el §. 22. del *Juicio executivo* de la *Curia Filíp.* y en otros muchos autores, como tambien la del remate; el qual se hace pregonando la alhaja, y adjudicándola al que se verifica al acabarse la cerilla ó candela, ó al concluirse el tiempo, que de otro qualquier modo se señale para el remate, que da mas precio por ella, no debiendo admitirse el que no llegue á las dos terceras partes del que se hubiere tasado. No habiendo postor se adjudican los bienes *in solutum* al acreedor, dando éste el precio que mas valiere la cosa al executado, ó supliendo éste el mas valor, que tuviere al acreedor.

Mandamiento de pago, tasacion, pregones y remate.

52 Despues se aprueba por el juez el remate sin admitirse puja, sino es que sea con justo título de restitucion *in integrum* en menores, y en rentas ó deudas fiscales, ó en las que se mandan subhas-

Aprobacion del remate.

tar como dichas rentas, *Curia Filipica Juic. execut.* §. 22. *num.* 8. *hasta el* 12.

Pujas de diezmo, rediezmo y quarto, solo se admiten en las subhastas de rentas y deudas fiscales.

53 En las subhastas de arriendos de rentas reales, y de bienes vendidos por deudas fiscales, dentro de quince dias del primer remate se admite la puja del diezmo y medio diezmo, y dentro de tres meses la de la quarta parte: así consta de las *leyes* del *tit.* 13. *lib.* 9. de la *Rec.*

Los procedimientos referidos son los de Castilla: y en todas partes debe ceñirse la execucion á lo necesario para el pago.

54 Este es el modo y forma, que se guarda en la subhasta de los bienes, que se venden por execucion con mandamiento de juez segun las leyes de Castilla: voy á hablar de el de Cataluña, debiéndose en todas partes tenerse presente lo que con carta circular, expedida de órden de nuestra Real Audiencia en 2 de abril de 1740, se previno á todos los corregidores del Principado, que en las execuciones, que se hicieren contra los bienes de algun deudor á instancia de acreedor, despues de inventariados en la forma regular, no se pase á la venta de todos los bienes, sino solamente de aquella porcion, que fuere competente para satisfacer al acréedor; que no se citen otros acreedores, que no hubieren comparecido en el pleyto; que si voluntariamente compareciere alguno se le oiga conforme proceda por derecho. Se cometian en esto muchos excesos; y es notorio, que puede haberlos, y que es muy equitativa la providencia referida.

Solo deben venderse los bienes necesarios para el pago de lo que se debe.

55 Es muy conforme á todo lo que ántes he dicho de las leyes de Castilla la práctica de Cataluña: ella se reduce á lo siguiente: proveido el decreto de execucion se traba ésta describiendo los bienes en inventario el escribano á instancia de la parte, que asiste á la operacion. Despues de hecha la descripcion en el mismo acto se señalan al deudor diez y treinta dias, por si quiere redimirlos,

conviene á saber diez por los muebles, y treinta por los raices. Fenecidos los diez dias de los muebles se pasa á la venta de ellos por medio de pregonero público, executándose la venta con sujecion por tres dias al pacto de retroventa, esto es, dándose al deudor tres dias para redimirlos por el mismo precio, á que se venden al postor. Pasados los treinta dias de los raices se subhastan estos por otros treinta días mediante edicto, y entre tanto se suelen tasar dichos bienes por perítos. Pasados estos últimos treinta dias el pregonero hace relacion de las posturas, que hubiere hallado, y en su vista se le despachan mandamientos, para que continúe la subhasta, ponga primera, segunda y tercera *linternas*, como llaman, esto es cerillas encendidas, y haga relacion de las posturas, que hallare. Hecha ésta se da nuevo mandamiento al pregonero, señalando dia y hora ciertos para el remate, que es el hasta fiscal, y llegado dicho dia y hora se vuelve á subhastar, y acabada la candela se remata la subhasta al mejor postor, y despues se firma la escritura de venta por el deudor, mediante mandamiento, ó por un mero executor, que se nombra en caso de renitencia por el juez. Si no sale postor tiene derecho el acreedor, para ofrecer *pro creditis*, cuya postura debe publicarse tambien. Los diez dias para redimir los bienes muebles, y los treinta para los raices, parece, que mas son de estilo, que de derecho, y que si la parte, que insta, quiere usar de rigor y de todas sus facultades, puede á su instancia empezarse luego la subhasta. En Comes *Vitidar. Artis notariae tom.* 1. *cap.* 20. §. 11. puede verse esta materia. Basta ya de ella para unas instituciones.

56 En la execucion de la sentencia siempre *Costas y de-*

rechos, que se cargan contra el reo executado.

se cargan las costas causadas hasta el pago real y efectivo, porque es evidente, que todas deben atribuirse á la renitencia del deudor en pagar lo que su legítimo juez ha declarado que debia. En donde rige el derecho de Castilla se carga tambien, como se ha dicho, la décima de lo que montare la deuda en los lugares, en que hay costumbre de pagarse, *ley* 7. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*; de dicha décima, que parece tiene su orígen del derecho romano, se habla largamente en la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 23. Martinez *tom.* 3. *Lib. de juec. cap.* 1. *num.* 72. dice: *en el reyno de Aragon no se cobran décimas de ninguna naturaleza de causas, ni por los jueces, ni tenientes, ni demas individuos de los tribunales.*

SECCION III.

De los remedios del derecho para los que se tienen por agraviados con las sentencias.

ARTÍCULO I.

De dichos remedios en general.

Necesidad de dichos remedios.

1 Como son tantos los efectos, que tiene una sentencia pasada en cosa juzgada, segun se ha visto en la seccion antecedente, y tan graves los asuntos, que se tratan en ellas, como la vida, el honor, y los patrimonios de los particulares, ha parecido justo en todos los estados, que no se aventure todo lo que se trata en los juicios en una sola sentencia, en que puede haber habido imposibilidad de la parte en subministrar la noticia de varios hechos é instrumentos conducentes: puede haberse padecido omision por parte del procurador,

en no dar los debidos pasos, del abogado en no formar preguntas para lo que correspondia, y en no defender bien el derecho, que resulta de los autos, y del escribano en no haber extendido con toda la exâctitud posible las declaraciones de los testigos: puede por fin, y esto es lo que mas conduce para el punto de que voy á tratar, haber habido fácilmente error ó falta de entendimiento ó de voluntad por parte del magistrado, que falló su sentencia. En todos estos casos seria duro, que no quedase recurso, y que los legisladores no hubiesen proveido de remedio.

Diferentes especies.

2 No es de una sola especie el que han dado en esta materia, y diferente ó vário segun lo fuere el mal, de que adolece la sentencia. De aquí es, que han de distinguirse diferentes especies de sentencias ó de achaques, que ellas tengan por lo ménos en el modo de opinar de las partes, para solicitar el remedio y conseguirle, si se halla pedido en su tiempo y lugar.

Distincion de sentencias en nulas é injustas.

3 Hemos de considerar, que de las sentencias, con que se tienen por agraviados los litigantes, algunas son nulas y otras injustas. De estas unas lo son en quanto á todos los capítulos, que contienen, y otras en quanto á algunos solamente: unas son injustas, por ser meramente opuestas á derecho para quien exâmine bien la materia, sacando las conseqüencias debidas de los hechos, y de los principios de derecho, que tengan lugar, y otras por serlo con un género de oposicion, que á primera vista se descubre, sin necesitar de raciocinio ninguno ó de exâmen, que por esto se llama manifiesta y notoria injusticia.

Algunas interlocutorias

4 En este lugar debe advertirse, que las sentencias interlocutorias, que tienen fuerza de defi-

se consideran definitivas.

nitivas, ó que contienen daño irreparable en la definitiva, corren parejas con las definitivas, acomodándose los mismos remedios á unas, que á otras.

En las arbitrarias tambien tienen lugar dichos remedios.

5 En la misma clase de sentencias, en que tienen lugar los remedios, de que se trata, deben contarse las dadas por los árbitros. En la *Curia Filipica lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 14. *num.* 27. se dice, que de la sentencia de los árbitros se puede apelar, pedir reduccion á alvedrío de buen varon, ó decir de nulidad.

Es materia favorable la de dichos remedios: conseqüencias de esto.

6 Por todo lo dicho, y porque miéntras haya magistrados superiores, parece que es una cosa de derecho natural el recurrir á ellos hasta el príncipe el que padece algun agravio, se tienen los remedios, de que voy á tratar en esta seccion, por cosa de materia favorable. De aquí es lo que dice Cancér *de Apellat. num.* 22. y en el *capítulo In quibus caussis non licet supplicare num.* 13. *hasta el* 21., que prohibida la apelacion en algun caso no debe entenderse prohibida la suplicacion, ni el recurso por via de querella, ni el oponer el defecto de nulidad. De lo mismo proviene lo que se dice en el mismo capítulo últimamente citado *num.* 6. *hasta el* 10., que prohibida la apelacion de las interlocutorias, no debe entenderse que lo sea de las definitivas, y lo que defiende en el capítulo de *Litteris Requisitoriis* el mismo autor *n.* 42. *hasta el* 67., que la prohibicion de la querella de nulidad no debe comprehender la nulidad notoria. En otros lugares Cancér, y generalmente todos los autores con él, limitan todo lo que cabe las prohibiciones de apelaciones, suplicaciones y recursos, como materia odiosa.

Son quatro los remedios.

7 Los remedios, que hay en derecho, para dar alivio á una parte agraviada con una senten-

cia son la querella de nulidad, la apelacion, la suplicacion y el recurso de notoria injusticia, de los quales hablaré con distincion, explicando quando tiene lugar el uno y el otro, cómo debe usarse, y qué efectos obra.

ARTÍCULO II.

De la querella de nulidad.

En qué casos tiene lugar la querella de nulidad.

1 Empezando por las sentencias nulas no tanto se necesita en ellas de remedio, como de conocer, que no es mal el que lo parece, y que una sentencia nula lo es únicamente en quanto al nombre: suena ser sentencia sin serlo en la realidad y en quanto á la substancia. No es menester en semejante caso apelacion, ni suplicacion, para conmutar, ó rescindir una sentencia, que ya por sí no tiene subsistencia: la parte tiene entónces derecho de quejarse, de que la sentencia es nula, por no estar arreglada á los textos del derecho en el modo que debe para ser válida: quales sean las sentencias nulas ya se ha dicho arriba en la *sec. primera.* Por consiguiente en todos los casos allí dichos tiene lugar la querella de nulidad menos en algunos, en que expresamente se prohiba por ley particular, como por la 4. *tit.* 16. *lib.* 4. *Rec.*, en la qual se dispone, que no pueda oponerse nulidad en los casos, en que está prohibida la suplicacion.

Diferentes modos con que puede proponerse, y á qué juez.

2 La querella de nulidad puede proponerse de principal intento, ó por incidencia, acumulándola con la apelacion interpuesta por injusticia, y pretendiendo por exemplo la parte, que se da por agraviada, que la sentencia fué injusta y nula. Veo que contestan todos los autores, en que puede y

suele proponerse de este modo la nulidad. Así lo trae la *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 18. *n.* 15. En este segundo caso es bien claro, que se ha de exponer la nulidad delante del juez superior, á quien se apela, ó al mismo en caso, que se trate de suplicacion, y no haya superior, á quien corresponda apelar: en el primero unánimemente convienen los autores, en que puede tratarse de la nulidad de la sentencia delante del mismo juez, que la dió; excepto quando se funde la nulidad en algun motivo, que fuese indecoroso para tratarse delante del mismo autor de la sentencia, como si se hablase de cohecho ú otras cosas semejantes, que no podrian decirse con modestia del litigante al mismo magistrado, ni seria decente, que conociese él de sí mismo. Otras nulidades pueden provenir de culpa de otros, de falta de instancia de partes en pedir lo que no deben, ó en no pedir lo que deben, de faltas de escribanos, procuradores y abogados, á quienes no está obligado á dirigir el juez: en estos casos no hay reparo, en tratarse de la nulidad delante del mismo magistrado, que dió la sentencia. En el lugar citado de la *Curia Filípica* puede verse, que delante del mismo *juez à quo* puede conocerse de nulidad.

Tiempo en que debe proponerse por derecho de Castilla.

3 Por lo que toca al tiempo de poner la querella de nulidad en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.* está prefinido el término de sesenta dias desde el de proferida la sentencia: pero, quando se trata de nulidad manifiesta, que notoriamente consta de los mismos autos por defecto de citacion, jurisdiccion ú otro semejante, dice Hevia en su *Curia Filípica Juic. civ.* §. 18. *num.* 13., que es perpetua, y que se puede pedir en qualquiera tiempo, aunque no se haya apelado: y esto es lo que corresponde por derecho comun.

Igualdad de efecto en querella de nulidad y suplicacion.

4 Por la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.* en todos los negocios, en que segun las leyes no tiene lugar la suplicacion, tampoco puede oponerse nulidad con ningun pretexto: y todas las sentencias, que se han de executar sin embargo de suplicacion, deben executarse tambien sin embargo de nulidad, qualquiera que se oponga. En la misma ley se manda, que, si en grado de primera ó segunda suplicacion se opone nulidad, se ha de reservar la determinacion sobre este punto para hacerla en la del negocio principal, sin formar juicio ni sentenciar separadamente sobre la nulidad. Del mismo modo interpreta nuestro derecho Cancér, como luego se verá con las razones, en que esto se funda.

No hay limitacion de tiempo quando se opone la querella por excepcion.

5 Si se propone la nulidad por via de excepcion no hay limitacion de tiempo; y puede defenderse el demandado en qualquiera lance, que se proporcione, por la regla vulgar, como dicen, de que *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

Limitacion de tiempo en Cataluña para la querella de nulidad.

6 En Cataluña tenemos dos constituciones particulares sobre el tiempo de oponer la nulidad, de que no puedo dexar de hablar con alguna extension, porque hay mucho, que decir, y mucho escrito sobre ello. Por la *const.* 1. *y* 6. *de Apellacions* la querella de nulidad se ha de poner dentro de diez dias de proferida y notificada la sentencia. Como esto se desvia mucho de las reglas del derecho comun, fundadas en la razon, de que una sentencia, que en realidad no es sentencia, no debe estimarse, ni graduarse tal en sus efectos, nuestros autores han estrechado con sus interpretaciones todo lo que han podido los límites de dichas constituciones. Con la primera constitucion se dispone, que así como por derecho comun hay el

tiempo de treinta años para oponer la nulidad, por el nuestro no haya mas que diez dias: con la sexta se ordena, que si la querella de nulidad se hubiese propuesto con la apelacion, como hemos dicho que puede hacerse, desechada por el juez superior la apelacion no se pueda proponer delante del juez inferior la querella de nulidad, como parece que puede hacerse por derecho comun, y ser materia de muchas disputas y cavilaciones. Así lo viene á explicar Cancér *de Iurisdic. omn. iud. n.* 287. *hasta el* 296.: de lo mismo infiere, que tambien puede en esta provincia el juez, que profirió alguna sentencia nula, conocer de dicha nulidad, y volver á proferir sentencia, aunque á primera vista parezca esto contrario á las citadas constituciones.

Modificacion del indicado derecho.

7 Limita dicho autor en varias partes, como en el *capítulo de Apellat. num.* 18. *hasta el* 22. en el *capítulo de Litteris Requisitor. num.* 42. *hasta el* 66. en el *de Sentent. num.* 49. *hasta el* 58. lo que resulta de dichas constituciones, defendiendo, que no tienen lugar, quando la nulidad proviene de defecto de jurisdiccion, ó quando es notoria: solamente parece, que da lugar á ellas en caso de ser nula la sentencia por omision de alguna mera solemnidad. Aun adelanta mas Fontanella: en la *claus.* 3. *glos.* 3. *de Pact. nupt. num.* 41. *hasta el* 44. conviene, en que se ha de limitar de dicho modo el derecho de nuestras constituciones, tentando estrecharlas de otro con la interpretacion, de que la mente es, que para exponer la querella de nulidad al juez superior solo se concedan diez dias, sin incluir en esta limitacion de nuestro derecho respecto del comun el caso, en que la parte quiera, como puede hacerlo, usar de su querella de nulidad delante del mismo magistrado, que profirió la sentencia. Pa-

rece esto muy sutil, pero legal por las razones ántes indicadas, y por la odiosa interpretacion de toda providencia, que corrige el derecho comun.

Efectos de la querella de nulidad propuesta ante el juez.

8 La querella de nulidad, si es notoria, dicen, que impide la execucion de la sentencia, como si se hace ver, que ella fué proferida contra un ausente sin ser citado en la causa, contra un menor indefenso sin curador, y en otros casos semejantes: quando no es notoria no le atribuyen tanto efecto, porque, no proponiéndose al juez algun vicio visto y conocido, no tiene él motivo para detenerse en la execucion, que por otra parte corresponde: quando está acumulada la querella con la apelacion es evidente, que ha de impedir la execucion, porque, teniendo este efecto la apelacion por sí sola, mucho mas debe tenerle hallándose coadyuvada con la querella de nulidad: y menor eficacia debe considerarse en una sentencia injusta y nula, ó que se pretende demostrar, que adolece de ambos vicios, que otra, en que solo se pretende demostrar, que es injusta: por lo ménos no puede tener mayor fuerza una sentencia reclamada como injusta y nula, que la que solo lo es por defecto de justicia.

ARTÍCULO III.

De la apelacion.

En todo tiene lugar la apelacion de sentencia injusta.

1 Apelacion es una legítima reclamacion hecha á juez superior dentro del tiempo prefixado por derecho con motivo ó título de haber sido injusta, ó causado agravio la sentencia del juez, que la profirió, *ley* 1. 30. *y* 32. *Cod. de Appellat. et relat.* Tiene la apelacion lugar, no solo en las causas civiles, sino tambien en las criminales, como

se verá despues : y en una palabra en todo género de causas por los motivos expresados en el principio en el *art.* 1. *num.* 1. Tambien puede haber apelacion de qualquiera gravámen extrajudicial, como consta de todos los autores, y entre estos de Cancér *de Apellat. num.* 1. *hasta el* 8., militando á favor de esta apelacion las mismas razones, que por la judicial. Aquí trataré de la judicial, que es la mas corriente y regular, pudiendo las reglas, que para ella se dan, servir en mucha parte para la extrajudicial tambien, sentado el principio, de que qualquiera, que tenga interes, en que no valga la sentencia, puede apelar, *ley* 4. *tit.* 23. *part.* 3.

Se consideran tantas sentencias como son los capitulos de ellas.

2 Hablándose de las sentencias, que por injusticia son apeladas, deben distinguirse los capítulos, ó las que son ó se tienen por injustas en quanto á todos los capítulos, y las que lo son ó pretenden las partes, que lo sean solamente en quanto á algunos. Para el efecto de la apelacion se ha de sentar, que se consideran tantas sentencias, como son los capítulos, que en ella se contienen, pudiendo las partes apelar de algun capítulo ó de algunos capítulos, y allanarse expresa ó tácitamente, á que en quanto á los demas pase la sentencia en cosa juzgada, como se vé en la *ley* 41. *Dig. Famil. ercisc.*, y consta, que así generalmente se practica de la *Curia Filípica* 5. *part.* 2. *instant.* §. 1. *num.* 21., de Cancér *de Sentent. num.* 63. *hasta el* 88. y de otros muchos, probándolo la razon natural y la *ley* 14. *tit.* 23. *part.* 3.

Efectos de ello en la conformidad de las sentencias.

3 La division de capítulos de cada sentencia obra tambien su efecto en quanto á la conformidad de las sentencias, la qual siendo de dos ó tres, como se verá despues, embaraza ó excluye la apelacion, la suplicacion ó la restitucion : pero, si

en la segunda ó tercera sentencia hubiere algun capítulo nuevo, puede ser apelado ó suplicado aquel, sobre el qual no puede justificarse ó verificarse, que recaigan las dos conformes, Cancér *In quib. caus. non liceat suplic. num.* 30. *hasta el* 34.: Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *num.* 116. *hasta el fin* dice, que la condena en costas de la segunda sentencia, no habiéndola habido en la primera, no se entiende formar nuevo agravio ó impedir la conformidad de la sentencia para quitar la apelacion ó suplicacion: esto es por considerarse cosa de poca monta, y debida ya por presuncion de temeridad en quien se vé condenado con dos sentencias conformes.

Efectos de lo mismo en quanto á la apelacion de algunos capítulos con exclusion de otros.

4 Esta division de capítulos debia hacerse ántes de hablar de lo demas, porque puede tener bastante uso y aplicacion en lo que se dirá, y para afirmar desde luego, que si la sentencia es injusta en quanto á todos los capítulos, puede la parte agraviada, ó que juzga quedarlo, usar de los remedios del derecho ó pedirlos en quanto á toda ella, y que si solamente se siente perjudicada por alguno ó algunos capítulos, acomodándole la decision en quanto á los demas, puede pedir limitadamente el remedio por lo que toca á los artículos, que le perjudican.

Quándo y cómo puede interponerse la apelacion.

5 La reclamacion puede hacerse en el mismo tiempo de proferirse ó notificarse la sentencia y de viva voz con una sola palabra, *apelo*, *ley* 2. *Dig. de Apellat. et relat.*, *ley* 14. *Cod. de Apellat. et relat.*, *ley* 22. *tit.* 23. *part.* 3.: el escribano debe en este caso expresarlo en la diligencia de la notificacion conforme al *cap.* 11. *de Probat.* y á lo que se dice sobre esto mismo en la *Curia Filípica quint. part. secund. instant.* §. 1. *num.* 17.

6 Puede hacerse tambien con algun hecho, que declare el ánimo de apelar, tomando por exemplo el que se tiene por agraviado el camino luego que se ha proferido la sentencia hacia el juez superior, como se hace alguna vez en lances apretados de decretar el juez ó estrechar con severidad. En el *tit.* 19. de la *Compilatio practicalis* de Amigánt se trata de este modo de apelacion, en la que todos contestan.

7 Puede tambien hacerse por escrito la apelacion: y este es el modo mas corriente poniéndose pedimento al juez, en que, expresando la parte, que hablando con la judicial modestia, la sentencia le es gravosa y perjudicial, dice que apela y recurre al juez superior, que expresa en el mismo escrito, bien que esto no parece necesario, segun el tenor de la *ley* 1. §. *ult. Dig. de Apell.*

Para quién y cómo puede interponerse.

8 La práctica es expresar el superior, á quien se apela, añadiéndose *ó al que ó á los que de derecho corresponda*, *ó para ante quien con derecho puede y debe*, porque muchas veces ocurre duda en órden á quien sea el superior correspondiente; y haciéndose de dicho modo cesa el peligro de no haberse pedido ó interpuesto la apelacion al juez, que correspondia. Paz en la *Praxis tom.* 1. *part.* 6. en el *proemio num.* 36. dice, que puede interponerse la apelacion sin expresarse el nombre del magistrado, á quien la parte apela, con estas palabras, por exemplo: *apelo al juez competente*: pero en el *num.* 39. *ibid.* dice, que no puede ser alternativa la apelacion, como *apelo al arzobispo ó al Papa*, quando el juez *à quo* señaló determinado término para la apelacion: lo mismo dice la *Curia Filípica quint. part. secund. inst.* §. 1. *num.* 12.: pero la alternativa en el modo dicho, *ó á quien por derecho cor-*

responde, *ó para ante quien con derecho puedo y debo*, por estilo está recibida generalmente en todas partes: ni parece razon ninguna, que lo impida, mayormente siendo claro, que puede ofrecerse la duda indicada: por un motivo semejante se suelen poner las palabras *apelo*, *recurro*, y en Cataluña la de *provoco*, y aun *digo de nulidad*, para que valga por recurso, ó querella de nulidad, si no puede tener lugar la apelacion, que en algunos casos puede ser este punto de larga discusion. Así se suele interponer la apelacion en Cataluña. En Castilla segun Paz en su *Prax. tom.* 1. *part.* 6. *proem. n.* 44. *y* 50. se dice: *salvo el derecho de nulidad apelo.*

No es preciso expresar en ella el agravio.

9 No parece que haya necesidad de expresar la causa, por que se tiene por agraviada la parte, que apela, segun la *Curia Filípica quint. part. secund. instant.* §. 1. *num.* 17. Allí mismo se dice, que en sentencias interlocutorias debe expresarse: pero no parece, que haya tal necesidad por derecho, ni por práctica de estos tiempos. El agravio ó agravios se suelen exponer despues, *Cur. Filípica quint. part. secund. instant.* §. 3. *num.* 1.

Del despacho, que debe pedirse para el juez, á quien la parte apela.

10 En el mismo tiempo de apelar se suelen pedir los apostolos, que llaman los jurisconsultos, *ley* 1. *Dig. de Libell. dimis.*, esto es unas letras misivas, que de aquí ha venido el nombre de apóstolos, del verbo griego αποστελλω, que significa enviar, y no de las efigies de los apóstoles del sello de las letras, como dicen algunos. Por dichas letras, que debe conceder el juez, quando se ha de admitir la apelacion, consta al juez superior, á quien se dirigen, que el inferior admitió la apelacion, circunstancia necesaria segun la *ley* 1. §. 9. *Dig. Quando apell.*, y el *cap.* 59. *de Apellat.* Exîge esta circunstancia de la admision y del despacho,

con que conste de ella, la atencion debida á qualquiera magistrado competente: por otra parte nadie puede saber mejor, que el que vió los autos, y pronunció sentencia, si ésta admite apelacion, segun el título de *Appellat. recip. vel non*, pues ya verémos despues, que en algunos casos no tiene lugar, y si la admite en quanto á ambos efectos, devolutivo y suspensivo. El despacho ó las letras referidas deben expresar, quien apeló, de quién, contra quién, y de qué sentencia, *ley* 1. §. *ult. Dig. de Apellat. et relat.*, y tambien suele ponerse á quién. El juez, á quien se apela, provee el decreto de la citacion de la parte, y la inhibicion del juez inferior á instancia de quien apela.

La apelacion debe interponerse para el juez inmediato superior.

11 Hasta aquí he hablado de apelacion interpuesta en términos generales al juez, que corresponde: quién sea éste es lo que ahora se ha de tratar. La apelacion debe hacerse al superior y al inmediato subiendo *gradatim* hasta el último, *ley* 21. *in princ. y* §. 1. *Dig. de Appell. et relat.*, *ley* 18. *tit.* 23. *part.* 3. Este es el órden natural y civil de proceder, que si alguno tiene queja ó accion contra otro, vaya al juez propio de él, como se dixo en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 4. *n.* 11.: y como la apelacion se reduzca á una queja civil contra el juez, que dió la sentencia, es preciso acudir á su superior, para que la revoque ó reforme.

Los señores jurisdiccionales conocen de las primeras apelaciones sin perjuicio de las audiencias.

12 Por esta regla correspondiera, que de las sentencias proferidas por barones, que tienen infeudada ó concedida la jurisdiccion del príncipe, se interpusiese al juez inmediato superior de los barones la apelacion; pero en Cataluña hay inconcusa observancia, de que las primeras apelaciones de una sentencia proferida en juzgado de baron se interpongan al mismo *mutato assessore*; y

las segundas á la Real Audiencia. Puede verse esto en Cancér *In quib. caus. non lic. supplic. num.* 128. *y* 129. Lo mismo se puede ver en Fontanella *decis.* 387. *num.* 11. *hasta el* 14., diciéndose lo propio de Castilla, y citándose á Covarruvias *Pract. quaest. cap.* 4. *num.* 9. y á Bobadilla en su Política *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 77. y siguientes: en estos autores se lee en realidad lo que dice Fontanella, bien que del mismo Covarruvias en el lugar citado *num.* 9. y de la *Cur. Filip. quint. part. secund. instant.* §. 1. *num.* 8. parece, que si quieren las partes pueden apelar *omisso medio*, al Rey ó á las audiencias ó chancillerías, que le representan: para esto es terminante la *ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop.*

Del juez de apelacion de la sentencia de árbitros.

13 Por la misma regla arriba dicha corresponderia, que las apelaciones de las sentencias de árbitros, que tienen execucion, y en casi todas partes se regulan por las mismas leyes que las de los magistrados, debieran interponerse al juez inmediato superior de él que como árbitro las dió: pero tenemos nosotros constitucion particular *la* 7. *de Arbitres*, con la qual se manda, que la apelacion se haga en dicho caso al superior inmediato de la parte condenada y agravada con la sentencia arbitraria, Cancér de *Arbitris num.* 26. 27. 74. *y* 76.: Cortiada en la *decis.* 239. *num.* 26. *hasta el* 41. dice, que la apelacion debe interponerse al juez superior de los árbitros, y no de las partes; que así se observó en Cataluña hasta el año de 1564; y que desde entónces, que se hizo la *const.* 7. citada, se varió interponiéndose las apelaciones en el modo dicho, bien que no dexa de traer algun caso, en que ella no tiene lugar. En Castilla, segun lo que dice la *Cur. Fil. lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 14. *n.* 28.,

el juez inmediato superior de los árbitros es el juez de apelacion de sus sentencias, aunque allí se distinguen diferentes casos, que pueden verse.

Conclusion de lo dicho.

14 *La apelacion* pues por regla general *en el fuero secular se ha de interponer*, como se dice en la *Curia Filípica quint. part. segund. inst.* §. 1. *n.* 8., *del menor juez ordinario al mayor proxîmo ó inmediato sin dexar ninguno, que lo sea, omisso medio, aunque dexándole desde luego se puede apelar al Rey, y sus audiencias, chancillerías y tribunales supremos, que le representan.* Quien sea el juez inmediato superior, y la graduacion de unos y otros, queda ya largamente explicado en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 1. *hasta la* 45.

Del delegado puede regularmente apelarse al delegante.

15 Quando se trata de delegacion se han de hacer algunas distinciones, sobre las que pueden verse los comentadores al título de *Offic. et pot. jud. deleg.*, á los de apelaciones del mismo derecho y del civil, la *Curia Filípica quint. part. segund. inst.* §. 1. *num.* 11. y otros muchos autores, pareciendo que por lo comun del delegado se puede apelar al delegante, *ley* 1. §. 1. *Dig. Quis et à quo apell.*, *ley* 21. *tit.* 23. *part.* 3.

Al Sumo Pontifice omisso medio *no se puede apelar en España.*

16 Por derecho canónico en los *capítulos* 7. *de Apellationibus y* 23. *de Privilegiis* se puede apelar *omisso medio* al Sumo Pontífice contra de lo que corresponde por el órden regular y derecho civil en la citada *ley* 21. *de Apellat.*: pero en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 16. *art.* 2. *y* 3. ya he notado, que por lo que perjudica esto á la facultad de los ordinarios y á la disciplina eclesiástica tenemos variacion en esto por concordatos y derecho real.

La apelacion del eclesiastico, que tie-

17 Lo que no puede pasarse aquí por alto es, que si algun eclesiástico tiene infeudada la jurisdiccion del Soberano, como suelen tenerla muchos,

las apelaciones han de ir al juez inmediato superior secular, que se considera tal respecto de la jurisdiccion en los demas seculares, que la exercen, *ley 8. tit. 3. lib. 1. Rec.*, Cancér *de Feudis num. 88.*, *de Iurib. castror. num. 345. y 346.* En dichos casos no conoce el eclesiástico como eclesiástico, sino como secular: ni se entiende concedida la jurisdiccion infeudada de otro modo, porque turbaria mucho el órden establecido en los juicios. *ne jurisdiccion secular, no va al juez eclesiástico.*

18 Aunque por lo que ántes se ha dicho la apelacion es un remedio útil es tambien por otra parte justo, que se dé con moderacion, ó que sea proporcionada y tasada la dósis: raro ó ninguno es el remedio, que indistintamente aproveche en todo género de dolencias y sin tasa ni moderacion en la cantidad. Si mientras hubiese jueces superiores se diese siempre lugar á las apelaciones de unos á otros seria esto nunca acabar en algunos estados; y seria hacer inútiles los juicios, frustrándose siempre los efectos de las sentencias con las apelaciones. Por derecho civil en la *ley única Cod. Ne lic. in una ead. caus. tert. apell.* está prohibida la tercera apelacion: de consiguiente no se da este remedio á quien estuviere ya condenado con tres sentencias conformes. Lo mismo es por el derecho de Castilla *ley 25. tit. 23. part. 3.*, *ley 5. tit. 17. lib. 4. Rec.*, *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 1. *num.* 15. Lo propio en Cataluña, segun contestan todos los autores en conformidad á la ley citada del código romano. *No se permite tercera apelacion por derecho romano, de Castilla y de Cataluña.*

19 Parece ciertamente muy justo lo dicho por la vehemente presuncion, que hay, de que la tercera apelacion se ha de entender nacida mas de terquedad y obstinacion, que de agravio ó injusticia, que contenga la sentencia: es mucha la presun-

cion, que tiene á su favor qualquiera juez: ¿quánto mayor será la que tuvieren tres y conformes?

Limitacion de lo dicho, y del poco uso en Cataluña.

20 Peguera *tomo* 1. *de dec.* en el *cap.* 189., citando las leyes que prohiben la tercera apelacion y suplicacion, dice que se ha de limitar esto, quando en juzgados de baron hubiese habido dos sentencias apeladas, y que entónces por la regalía suprema puede haber tercera apelacion á la Audiencia: lo dicho ó lo supuesto de poderse admitir dos apelaciones en juzgados de baron era de algun pueblo del partido, que llaman campo de Tarragona, en donde por privilegio particular tendria el baron las segundas apelaciones: y de allí trae el citado autor un exemplar de haberse admitido tercera apelacion á la Audiencia en 1594. Fontanella desde la *decis.* 387. *hasta la* 392. trata de la misma materia, y parece inclinado en la 389. á la sentencia contraria, por no repugnar, que el príncipe ceda á otro el conocimiento de las apelaciones limitándolas á la segunda, que corresponde por derecho, y que de este modo deben entenderse concedidos los privilegios, quando los tribunales inferiores tienen las segundas apelaciones, poniendo varios exemplares de Cataluña, de los quales quedarán pocos en nuestros tiempos: y apenas puede tener lugar esta dificultad, ni casi uso ninguno el derecho prohibitivo de terceras apelaciones, por lo que diré luego.

Prohibida tambien por derecho canónico la tercera apelacion.

21 Por derecho canónico tambien está prohibida la tercera apelacion, quedando por esto mismo permitida la segunda, *cap.* 39. *y* 65. *de Apellat.*, *Clementina única cap.* 1. *de Sentent. et re iudicata.* De aquí es lo que dice Van-Espen *Ius ecclesiast. parte* 3. *tit.* 10. *cap.* 1. *num.* 30. 31. y siguientes, que alguna vez para terminar el asunto puede necesi-

tarse de cinco sentencias, si cada uno de los litigantes llega á tener dos sentencias conformes: lo mismo dicen todos los canonistas. Esto se vé alguna vez en los tribunales eclesiásticos, pero rarísima, ó nunca en los seculares de España, por no ser muchos los tribunales, por donde se haya de ir subiendo, y principalmente por conocer de infinitas causas las audiencias, chancillerías y consejos con las regalías de avocacion y apelacion, quedando desde entónces excluido el remedio de la apelacion, y dándose solamente lugar al de la suplicacion, de que se hablará despues.

En algunas causas no se admite apelacion, y en otras solo se admite con efecto suspensivo.

22 No solo debe haber limitacion en quanto al número de apelaciones, sino tambien en quanto á las causas, siendo justo, que en algunas por la celeridad, que se necesita en el despacho, no se admita el remedio de la apelacion, ó por lo menos, que no se admita en quanto á los dos efectos, que llaman, suspensivo y devolutivo, sino únicamente en quanto al segundo. Esto nos obliga á tratar ahora de la indicada suspension y devolucion.

Explicacion del efecto suspensivo.

23 Dos son los efectos bien conocidos de la apelacion, el uno suspensivo y el otro devolutivo. Consiste el primero en que suspende la execucion de la sentencia y la jurisdiccion del juez, de cuya sentencia ha apelado la parte: este es un efecto, que parece conseqüencia necesaria de la apelacion, en fuerza de la qual queda inhibido el juez inferior por el superior, librándose de órden de este despacho de inhibicion: pero, prescindiendo de éste, la apelacion ya tiene dicho efecto por sí misma, *ley únic. Dig. Nihil innovar.*, *ley 3. Cod. de Apell.*, *ley 26. tit. 23. part. 3.*, *cap. 39. y 55. de Apellat*: de manera que toda innovacion hecha despues, que alguna parte hubiere apelado, se llama atentado; y al

juez, que le comete, se le puede obligar á revocar todo lo hecho, pudiendo conseguir la parte, que, sin tratarse de ninguna otra cosa, se ponga todo en el estado, en que se hallaba ántes de innovar. Así consta de la *ley* 27. *tit.* 23. *part.* 3., de la *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 3. *num.* 2. y de todos los autores, que tratan de estas materias.

Explicacion del devolutivo.

24 El efecto devolutivo consiste en que toda la causa, y el conocimiento de ella con sus incidentes, se devuelve ó se pasa al juez superior, á quien corresponde la apelacion, con facultad de confirmar, revocar ó reformar la sentencia apelada, segun le pareciere justo, ó de dar otra del todo nueva, segun los méritos de la causa, *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.*, *cap.* 55. del mismo título de las Decretales. Este efecto devolutivo no puede dexar de tenerle toda apelacion, como lo previenen los textos citados, y lo exîge la misma naturaleza de las apelaciones.

Órden que se seguirá en la explicacion de dichas causas y efectos.

25 La dificultad está en quanto al efecto suspensivo, que no le tienen siempre las apelaciones: y de esto voy á tratar ahora, individualizando primero las causas, en que no tiene lugar la apelacion, y las en que le tiene obrando solamente el efecto devolutivo, sin concedérsele el suspensivo, esto es los casos, en que por alguna razon particular de favor hacia las personas, ó á las cosas dignas de señalada proteccion de las leyes, ó en que la materia, de que se trata, no sufre dilacion, parece justo no admitir apelacion, ó no suspender por ella la execucion de lo que se ha mandado con alguna sentencia.

En causas, que no sufren dilacion, no se

26 De la *ley ult. Dig. de Appell. recip. vel non* y de la 6. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.* consta, que no se permite apelar en las cosas, que no sufren dilacion.

Esta regla general puede dar de sí alguna luz; pero mucho mayor la individuacion de los casos en particular, en que no se admite la apelacion, ó no se admite con efecto suspensivo: y aun hablando en general parece, que siempre es mas seguro para qualquiera juez inferior el admitir la apelacion en quanto al efecto devolutivo, dexándose solamente el no admitir absolutamente la apelacion para aquellos casos, en que las leyes determinada y muy expresa y particularmente la excluyen.

admite apelacion por lo ménos con efecto suspensivo.

27 Primeramente no se admite apelacion en las sentencias proferidas por personas, de quienes por la particular confianza, que se tiene de ellas, no permiten las leyes, que se apele, como por derecho romano se observaba en órden al senado, de cuyas decisiones no se admitia apelacion, *ley* 1. §. 2. *Dig. A quib. apell. non lic.*, ni de la del prefecto pretorio, *ley únic.* §. 1. *Dig. de Offic. praefect. pret.* Contra las sentencias de éste solo se podia suplicar á él mismo dentro de diez dias, ó al emperador dentro de un bienio, *ley únic. Cod. de Sent. praefec. praetor.*, *novela* 119. *cap.* 5. Muy conforme á esto es lo que se practica en nuestros tiempos de no poderse apelar de los magistrados, que en el conocimiento de los negocios y pleytos tienen la regalía de usar del nombre del príncipe: por esto mismo, y por comparacion con el senado romano y con el prefecto pretorio, no tiene en ellos lugar la apelacion: pero en dichos tribunales no dexa de quedar remedio, como el de primera y segunda suplicacion, y el recurso de notoria injusticia en sus respectivos casos.

No hay apelacion de las sentencias de los que usan del nombre del Soberano.

28 De las declaraciones de nuestro Canciller de Competencias no hay apelacion, suplicacion ni recurso, Cortiada *dec.* 25. *num.* 53. *hasta el* 80.: ni

ni de las del Canciller de Competencias en Cataluña.

le hay tampoco de las declaraciones de los árbitros en caso que éstos estuvieren conformes, y no se hubiese de llegar al Canciller *ibid. num.* 27. *hasta el* 39.: esto por estár expresamente prevenido en la *const.* 6. *volum.* 2. de *Contenció de jurisdiccions* y en varias bulas, fundándose en distintas razones, que pueden verse en dicho autor. La principal se reduce á que las declaraciones de nuestro Canciller, si bien se deslinda la materia, son transacciones de las dos supremas potestades temporal y espiritual.

ni de las de los jueces de alzadas en consulados.

29 Tampoco hay apelacion de las sentencias dadas por los jueces de alzadas en los consulados, sobre lo que me remito á lo dicho *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 43. *art.* 1.

Los SS. jurisdiccionales y directos en Cataluña pueden apelar de las sentencias de jueces nombrados por los mismos.

30 De las sentencias dadas contra el baron y dueño directo en causas de vasallos y enfiteutas, en las últimas de las quales pueden en Cataluña los mismos dueños nombrar sus jueces, y en las otras pueden por lo comun elegir en todas partes los señores jurisdiccionales el alcalde ordinario, se ha dudado alguna vez, si en caso de condenar dichos jueces al mismo baron, ó al dueño directo, pueden apelar los dueños jurisdiccionales y directos: el motivo de la duda sería, por no parecer justo apelar de un juez, que ellos mismos eligieron y nombraron: pero, si no se admitiese la apelacion, no fuera igual el derecho por ambas partes; y el privilegio se trocaria en daño y perjuicio del mismo, á cuyo favor se concedió. Nuestra Audiencia ha declarado varias veces, que no debia excluirse la apelacion, Cancér *de Apell. num.* 56. y en el *cap. In quib. caus. non lic. supplic. num.* 46. *y* 47.

De la sentencia confirmatoria de la

31 Por nuestra *const.* 5. *de Arbitres* no se puede apelar, suplicar, ni pedir restitucion *in integrum* de la sentencia judicial, quando es confirma-

toria de la de los árbitros : lo mismo por derecho de Castilla *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* *de árbitros no hay apelacion.*

32 De los casos, en que por respecto ó con relacion á ciertos magistrados no hay apelacion, paso á otros, en que con referencia á ciertas causas dexa de haberla. En la *Curia Filípa lib.* 3. *Comer. nav. cap.* 7. *num.* 11. se dice, que lo que aforare el juez en mercaderías mediante informacion de testigos, recibida quando el dueño se dá por agraviado de lo que primero aforó el cobrador, no hay apelacion ni suplicacion. *No la hay de la sentencia de aforo de mercaderias.*

33 En las *leyes* 4. *y* 8. *Cod. Quor. appell. non recip.* se prohibe la apelacion en causas fiscales: pero de estas mismas leyes consta, que ha de entenderse esto en casos de notoria justicia y derecho del fisco: por esto generalmente veo, que no se cuenta con esta excepcion. *ni en causas fiscales en algunos casos.*

34 Por la *const.* 7. *de Apellacions* el fiscal ni en causas civiles ni criminales podia apelar ni suplicar en Cataluña, Cancér *num.* 15. *hasta el* 18. *de Apell.*, Fontanella *decis.* 122. 123.: en esta se dice, que el fiscal podia adherir á la apelacion y suplicacion de otro. Sería esto por tener voto el fiscal segun nuestro antiguo gobierno en la decision de las causas, sobre lo que me remito á lo dicho *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 49. *num.* 6.: variada en el dia la constitucion del estado público no dexa de tener apelacion el fiscal tanto en lo civil, como en lo criminal. Aun antes, segun el lugar citado de Cancér, no se impedia en fuerza de la constitucion referida la apelacion, quando era notorio ó grave el daño, que pudiese causar la sentencia contra el fiscal: esta modificacion podia reducir á muy poco los límites de la antigua constitucion.

35 De la execucion de la sentencia tampoco se *ni de la*

execucion.

admite apelacion sino en caso de cometerse exceso en el modo de hacerla el comisionado para ella, *ley* 4. *Dig. de Appell.*, *ley* 5. *Cod. Quor. appell. non recip.*, Cancér. *In quib. caus. non. lic. suppl. num.* 56. *hasta el* 59.: de otro modo no tendrian fin ni término los pleytos.

ni de la del despojo de casa en Cataluña.

36 De la sentencia proferida en causa, en que se trate del despojo de una casa ó quarto, tampoco se permite apelar en Cataluña sino reclamar dentro de dos dias, *const.* 1. *del* 2. *volum. de Lloguérs*, la qual se extendió á todo el principado, y á todos los predios rústicos, siendo así que antes la constitucion era local de Barcelona, Cancér de *Appell. num.* 10., Idem de *Locat. et conduc. num.* 85. *hasta el* 89.

ni en juicios posesorios con efecto suspensivo.

37 Para evitar desórdenes y violencias de hecho parece, que tampoco se admite apelacion, por lo menos con efecto suspensivo, de las sentencias en juicios posesorios, especialmente en los sumarisimos preparativos y antecedentes del posesorio ordinario, Salgado de *Reg. protect. part.* 3. *cap.* 12.

ni de los mandamientos dados á administradores para exhibir papeles.

38 De los mandamientos dados á los administradores para exhibir libros, papeles y documentos relativos á las cuentas, que han de dar, dice que no se admite apelacion la *Cur. Fil. lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 9. *num.* 30.

De las sentencias interlocutorias solo hay apelacion quando tienen fuerza de definitiva.

39 Por derecho civil hay apelacion de algunas interlocutorias, *ley* 2. *Dig. de Appell. recip. vel non*, y por derecho de Decretales tambien, con la expresion de concederse, aunque se trate de cosa frívola, y de poca monta, *cap.* 11. *y* 12. *de Appellat.*: parece ser esto consiguiente á la natural libertad de quejarse qualquiera, que se halla perjudicado, á la obligacion del superior en haber de oir qualquiera queja del juez inferior, y á la equidad y concep-

to favorable, que se tiene de la apelacion: pero por otra parte era justo poner límites en esto, como los puso el Concilio tridentino, no dando lugar á este remedio, segun se puede ver en la *ses.* 13. *cap.* 1. *y ses.* 24. *cap.* 20., sino en los casos, en que la sentencia interlocutoria tenga fuerza de difinitiva, ó contenga daño irreparable en la definitiva: quando la interlocutoria tenga tanta fuerza como la definitiva, ó cause el mismo daño, es justo que se provea de igual remedio, y se observe lo mismo que en las definitivas, como se dixo antes. Esta nueva disposicion del concilio está generalmente recibida, y es conforme á ella la práctica en todas partes: de Cataluña lo traen todos los autores, y entre éstos, afirmándolo al mismo tiempo de otros lugares de España, Fontanella en la *decis.* 383. *num.* 1. *y* 2., en donde cita tambien para esto nuestras constituciones: el usage 2. y la *const.* 15. *de Appel.* lo confirman. Por lo que toca á las provincias de Castilla consta lo mismo de la *ley* 13. *tit.* 23. *part.* 3., de la 10. *tit.* 7. *lib.* 2., *la* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* y de otras muchas.

Quáles sean las interlocutorias que tienen fuerza de definitiva.

40 La dificultad puede ser en muchos casos que ocurran el graduar la fuerza de definitiva, y el daño, que ha de ser de alguna consideracion, para que la interlocutoria tenga fuerza de definitiva. Fontanella en la *decis.* 383. *num.* 8. cita varios autores con individuacion de los lugares, en que van siguiendo todos los casos mas prácticos, en que se tienen por definitivas las sentencias interlocutorias: pueden ellos consultarse por quien lo necesite. Con Cancér y Fontanella se pueden contar algunos: el primero en el *cap. de Sentent. num.* 133. *hasta el* 138. gradua de definitiva el mandamiento para la execucion de la sentencia definitiva: y lo mismo Fontanella *decis.* 384. En el *num.* 138. y en el *num.* 38.

de Appellat. de Cancér se pone en la misma clase de interlocutorias el decreto, con que se provee por el juez, que algun instrumento trae aparejada execucion, y en el *num.* 139. *y* 140. el decreto de captura. En el *num.* 148. *hasta el* 153. se pone tambien como interlocutoria con fuerza de definitiva el decreto sobre la competencia ó incompetencia de juez. Fontanella *decis.* 384. *num.* 9. *y* 10. pone en el mismo número la interlocutoria proferida sobre si se ha de admitir ó no la causa á prueba. Cancér *In quib. caus. non lic. supplic. vel. appell. num.* 117. cuenta en el mismo número la sentencia de legitimacion de alguna persona.

En causas menores de diez libras no hay apelacion en Cataluña.

41 En las causas menores de diez libras tampoco hay apelacion en Cataluña, sino reclamacion ó suplicacion al mismo ordinario *mutato assessore*, *const.* 12. *de Evocació de causas.*

Causas en que solo se admite la apelacion con efecto devolutivo.

42 Hasta aquí he hablado de causas, en que no se permite la apelacion: ahora se ha de tratar de otras, en que no dexa de admitirse, pero ciñéndose al efecto devolutivo, por exîgir, que se executen las sentencias sin embargo de apelacion interpuesta, en unas el favor de la religion, en otras el de la humanidad, en otras el de la observancia de las leyes, el vigor de la disciplina, y la expedita administracion de la justicia, y en otras finalmente otros motivos, que expresaré.

En dicho número deben contarse las beneficiales, matrimoniales y otras eclesiasticas.

43 Por lo que respecta al primero pueden contarse por lo relativo á Cataluña y en muchas otras partes las de beneficios, á fin de que no quede deservida la iglesia. Así se practica en nuestra provincia: y en la *const.* 4. *de Bisbes, y prel. del volumen* 3. consta, que en 1547 suplicáron nuestras cortes al Rey, que interpusiese su mediacion para con Su Santidad, á fin de que las causas beneficiales y ma-

trimoniales, ú otras quedasen sentenciadas definitivamente en España por los jueces ordinarios ó delegados en la primera y segunda instancia. En este punto de religion y materias eclesiásticas tenemos una bula de mucha doctrina, individuándose en ella todos los casos, en que en cosas eclestásticas no ha de admitirse apelacion, ó no ha de admitirse con efecto suspensivo, y es la de Benedicto XIIII. *Ad militantis* de 3 de las calendas de abril de 1742, á la qual me refiero, porque sería largo el especificar aqui todos los casos.

44 En el número de las causas, en que la humanidad pide, que no se admitan las apelaciones con efecto suspensivo, han de contarse principalmente las de alimentos. Así las cuenta la *ley* 5. §. 8. *Dig. de Liber. agnos. la Cur. Filip. Juic. execut.* §. 3. *num.* 11. Cancér *de Alimentis num.* 22.: y en Fontanella *de Pact. nupt. claus* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *n.* 90. *hasta el* 99. y *decis.* 296. se sienta el mismo principio, especialmente si hay caucion: que esta debe prestarse lo prueba tambien lo que diremos sobre esta misma materia en caso de suplicacion, de que se tratará en el artículo siguiente: pero si es muy pobre el alimentario basta la caucion juratoria segun los casos, y segun lo que se vea, que indefectiblemente ha de deberse. *las de alimentos.*

45 Por la misma regla no tiene efecto suspensivo la apelacion de sentencia dada sobre salarios, estipendios, paga de servicios, jornales, y servicio de sirvientes, oficiales y jornaleros, *Curia Filip. Juic. execut.* §. 3. *num.* 11., Salgado *de Regia protectione part.* 3. *cap.* 2. *num.* 78. *las de salarios y paga de jornales.*

46 En los mismos lugares puede verse, que tampoco tienen efecto suspensivo las apelaciones de sentencias sobre restitucion de dotes ó alimentos en su *las de dotes.*

favor, militando en este caso la misma razon, y la de la flaqueza y riesgos, á que queda expuesta una pobre viuda, cuya causa ha sido protegida siempre por las leyes.

las de pupilos, las de frutos y cosas, que se pierden ó menoscaban con el tiempo.

47 Por el mismo principio de humanidad las sentencias dadas sobre sepultura de difunto, sobre señalar ó autorizar tutor á pupilos, sobre frutos, que estén pendientes para cogerse, ó en cosas, que con el tiempo perecen y se consumen, ú otras semejantes, en que de la dilacion pueden resultar daños é inconvenientes, se executan sin embargo de apelacion, como se dice en la *Cur. Fil. Juic. exec.* §. 3. *num.* 10.; y lo prueban las leyes ántes citadas, que en algunos de estos casos excluyen expresamente la apelacion.

Derecho particular de Barcelona, con que se inutiliza la apelacion en causas de esponsales declarada la libertad.

48 De la misma regla de favorecer á la humanidad y al estado puede deducirse otra excepcion, que tenemos en la Curia Eclesiástica de Barcelona. En ésta hay una costumbre inmemorial y bien particular, de que en las causas de esponsales, declarándose la libertad no se admite la apelacion en quanto al efecto suspensivo, ó luego que se ha proferido la sentencia se da permiso para casarse á la persona, que se declara libre, con la que le acomode. D. Jayme Ballestér, Canónigo de la Santa Iglesia de Tarragona, publicó en 1782 una docta y juiciosa disertacion sobre este punto, justificando dicha costumbre con varias razones. La primera consiste, en que no se marchite la flor de la edad en los que quieren casarse con muchos peligros de incontinencia y perjuicio del estado; quedando ociosa la fecundidad de los hombres en los mas floridos años; la segunda, en que no suele tener buen éxito la coaccion en los matrimonios; y la tercera, en que á favor de el que se declara libre hay dos

presunciones fuertes, la de la libertad natural, y la de la sentencia, ambas muy poderosas: otros motivos hay, que no es fácil decir aquí en pocas palabras, y se pueden ver en dicho escrito. Á primera vista parece extravagante esta práctica: pero bien atendido todo es utilísima y justa por otra parte. ¿Si por la causa de la vindicta pública no se admite apelacion ni recurso en causas criminales, ó no se suspende la execucion en ellas y en otras, porque no puede hacerse lo mismo en causas de esponsales por la poblacion, y otros motivos indicados, mayormente siendo la misma renitencia de los contrayentes justa causa por sí sola, para declararlos desobligados, como dice el expresado autor, que se ha hecho alguna vez de resulta de haberse resistido alguno hasta la tercera sentencia? Poco ha se ha ya visto la solicitud de nuestros mayores en la *constitucion* 4. *de Bisbes y prelats*, para que se consiguiese de Roma, que las causas matrimoniales se terminasen definitivamente con la primera ó segunda instancia.

Solo se admite con efecto devolutivo la apelacion en causas de visita y correccion.

49 Explicadas ya las causas, en que por el favor debido á la humanidad no se suspende la execucion de las sentencias, hablaré de algunas, en que se observa esto mismo por el favor debido en la observancia de las leyes, por el vigor de la disciplina, y la expedita administracion de justicia. En este número deben ponerse las de visita y correccion, por lo que con largas de diferirse la enmienda se corta ó enflaquece el nervio de la disciplina, como consta del concilio tridentino *cap.* 1. *ses.* 13. *cap.* 10. *ses.* 24. *de Reform.* y de la Bula citada de Benedicto XIIII.

lo mismo en las multas.

50 En el mismo número deben ponerse las multas. Amigánt *decis.* 56. dice no estar recibida en

Cataluña la práctica de admitirse apelacion, ni suplicacion de las multas, considerándose como sentencias interlocutorias: pero parece que se ha de entender, que no tienen efecto suspensivo: véase el *num.* 12. 19. *y* 20. Por decreto de 12 de mayo de 1743 está generalmente mandado, que en las condenaciones de multas no se admita ningun recurso sino haciendo primero el depósito de ellas, procediéndose executivamente, tanto en causas civiles, como criminales, y debiéndose en sesenta dias evacuar el recurso, *aut.* 2. *tit.* 26. *lib.* 8. *Aut. Acord.*

en las de dar auxîlio al eclesiástico, y las de posesorio.

51 Tambien pertenecen á esta clase las sentencias de dar auxîlio al brazo eclesiástico, Cancér *de Invocat. brach. secular. num.* 32. *hasta el* 35., las de posesorio, Cancér *de Appell. num.* 23. *hasta el* 28., idem *de Manutent. num.* 37. 38,: de estos mismos lugares parece, que en Cataluña por algunos se admite la apelacion en ambos efectos.

lo mismo en otras y en lo relativo á trámites y órden del juicio.

52 La apelacion de la sentencia de remate tampoco tiene efecto suspensivo, *Cur. Filip. Juic. execut.* §. 21. *num.* 3. *quinta parte* §. 1. *de Appellation. num.* 9. En el mismo número de apelaciones debe contarse la del auto, en que se señala dia para oir los abogados, con que se mandan traer los autos, responder dentro del tercero dia, y con que se hace señalamiento de dia para publicar probanzas, *const. únic. Ens quins casos no sia licit suplicar ni appellar.*

lo mismo quando se declara desierta la apelacion, y en decretos de execucion.

53 De la misma naturaleza es el auto, en que se declara desierta la apelacion, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 3. *num.* 8. y la apelacion del decreto de execucion, *Cur. Fil. Juic. ibid.*, Cancér *de Appell. numer.* 29. *hasta el* 34.: pero estas, ó muchas de estas excepciones pueden ir por la regla general de las sentencias interlocutorias.

52 La apelacion de lo acordado en ayuntamiento de regidores en los lugares, en que hay costumbre en Castilla de apelar á dicho cabildo de los alcaldes ordinarios segun lo dicho *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 6., no tiene el efecto suspensivo, *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.* Tampoco le tienen las de condenaciones por ordenanzas sobre tratos relativos á mantenimientos hasta en quantía de mil maravedis, *ley* 9. *ibid.*

lo mismo en quanto á los acuerdos de ayuntamiento, y en providencias relativas á mantenimientos.

54 Por las *const.* 12. *y* 13. *de Execució de sentencias* las de nuestros bayles, ordinarios ó reales, dadas en causas menores de cien libras, no tienen apelacion con efecto suspensivo, con tal que se preste caucion, lo qual se ha de entender, tanto si la parte interesada lo pide, como si dexa de pedirlo, por regularse como cosa, que da forma á la execucion mandada por las leyes: así lo trae Cancér con declaracion de la Audiencia en el *cap. de Sententiis num.* 251. *hasta el* 260.: y allí mismo *n.* 91. se lee, que lo dicho de los ordinarios, conviene á saber los reales, por la *const.* 22. de las Cortes de 1599 se extendió á las sentencias de los ordinarios de jurisdicion de señorío, como consta de la *const.* 16. *de Execuc. de sent.* En el dia las cien libras se han aumentado á mil.

lo mismo en Cataluña en las causas menores de mil libras.

55 Tampoco tienen efecto suspensivo las apelaciones de las sentencias dadas por los árbitros, *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, *const.* 5. *de Arbitres y arbitradors*: esta dice Fontanella en la *decis.* 449. *num.* 1., que ha de entenderse en el caso, en que las partes en el compromiso hubiesen renunciado á qualquiera recurso y derecho de reducirse la sentencia á arbitrio de buen varon: ella está concebida en estos términos: *pus en lo compromis sie estat renunciat á tot recors é arbitre de bon varó*: aquel adverbio *pus*

lo mismo en las sentencias arbitrarias.

vale lo mismo que *si*. De la misma constitucion consta, que tampoco debe impedirse la execucion de dichas sentencias por la suplicacion, ni la querella de nulidad, y que se ha de prestar idónea caucion, si alguna de las partes se queja de dolo, cohecho de árbitro, ó lesion enormísima. Cancér *de Arbitris et arbitratoribus num.* 17. dice, que se impide la execucion, si por evidencia del hecho consta no valer la sentencia arbitraria como sentencia, sino como pacto. Fontanella en la *decis.* 452. *y* 453. defiende, que tambien se impide la execucion, quando se alega nulidad notoria de la sentencia de árbitro. De esta materia, y de cómo debe pedirse la execucion, trata largamente el mismo autor en la *decis.* 449. *hasta la* 455.

lo mismo en las sentencias contra los artífices, que perjudican con el ruido á los letrados.

56 Por el favor de las letras y la proteccion, que se merecen sus profesores, será lo que trae Covarrubias *Máxîmas sobre las regalías de fuerza titul.* 12., que no tiene efecto suspensivo la apelacion de una sentencia dada contra herrero, que estorva con el rüido á estudiantes ó letrados: cita á Salgado *part.* 1. *cap.* 3. *num.* 65.

lo mismo en las sentencias dadas á favor del fisco.

57 Por privilegio del fisco tampoco tiene efecto suspensivo la sentencia dada á su favor, *Cur. Filip. Juic. execut.* §. 3. *num.* 9., *lib.* 1. *Comer. terr. cap.* 14. *num.* 80.: Cortiada en la *decis.* 10. *num.* 164. 165. trae tambien, que las sentencias dadas en la Baylía General de Cataluña, que son las del fisco, pueden executarse sin embargo de apelacion, prestándose caucion juratoria por el procurador fiscal; y dice, que tambien se ponen en execucion, quando son á favor de los que tienen causa del fisco por pragmática de Cárlos V. de 30 de septiembre de 1542 expedida en Monzon, y por otra de Felipe II. de 7 de septiembre de 1545 dada en Valladolid:

cita varios autores y declaraciones. Este derecho se fundará en no deberse rezelar que sea insolvente el fisco en caso de condenársele despues.

58 Para facilitar la expedicion de negocios tampoco tiene efecto suspensivo la apelacion de la sentencia, dada sobre alcance de cuentas, ni de lo que se hace en pleytos de cuentas, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 4. *num. ult.*, ni del mandamiento dado por el juez al administrador, para que las dé, *Cur. Fil. Comer. terr. lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 21. 40. *y* 44.

lo mismo en las sentencias, con que se manda dar cuentas, y se declara el alcance.

59 Con relacion á la policía no se admite la apelacion en quanto al efecto supensivo en las sentencias sobre demolicion de nuevas obras despues de denunciadas, aunque debe admitirse en el caso, en que no se haya despreciado la denuncia, Covarruvias *Máxîm. sobre las reg. de fuerza tit.* 12.: cita el *cap.* 3. *de Nov. oper. nuntiat.* y á Salgado *de Reg. prot. part.* 2. *cap.* 8. *num.* 36.: esto será, porque de no estarse á lo que se manda por el magistrado en semejantes casos, ó de permitirse fácilmente la construccion con el medio de fianza, sino se executa despues la demolicion en caso de corresponder, se siguen disturbios, librando mejor los arrojados, é intrépidos, que los obedientes y atentos.

lo mismo en las causas de denuncia de nueva obra en algun caso.

60 Como las multas suelen recaer en materias de economía y policía, por lo dicho arriba *numer.* 50. la apelacion de las sentencias sobre cosas económicas y políticas casi nunca tiene efecto suspensivo.

lo mismo en las sentencias sobre cosas económicas y políticas.

61 Queda demostrado ya lo que es el remedio de la apelacion, en que causas tiene lugar ó dexa de tenerle, y quando obra este remedio todos los dos efectos devolutivo y suspensivo, ó quando solamente el uno. Ahora hablaré del tiempo, en que debe pedirse: pues este remedio debe aplicar-

La apelacion debe pedirse á su tiempo.

se, como todos los demas, á su tiempo, que ya está prevenido por derecho.

Término para apelar por derecho romano y de Castilla.

62 Por el civil está prefixado el término de diez dias, *novel.* 23. *cap.* 1., contados desde el dia, en que se tuvo noticia, *ley* 1. §. *ult. Dig. Quando appell.*: lo mismo por derecho canónico, *cap.* 15. *de Sent. et re iudic.*, *cap.* 8. *de Appellat. in* 6. Por derecho de Castilla hay cinco dias desde el de la notificacion ó noticia, contándose en el término el mismo dia, en que se dió la sentencia, *ley* 1. *titul.* 18. *lib.* 4. *Rec.*: y en la *Cur. Fil. lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 14. *num.* 28. se lee, que, aunque por derecho de Partidas de la sentencia de los árbitros se ha de apelar dentro de diez dias, queda esto corregido por la ley citada de Recopilacion.

Por derecho de Cataluña.

63 En Cataluña el tiempo de apelar es el de derecho comun de diez dias, adoptándose la ley civil en esto en el modo, que se ha dicho en los preliminares, y contestando todos los autores, en que éste es el término, como se puede ver en Cancér *de Appell. num.* 18. y en Fontanella *decis.* 408. *y* 409.: en estas se dice, que los diez dias, que hay para apelar ó suplicar en Cataluña, no corren desde el momento, en que se hubiere publicado la sentencia, sino desde el dia siguiente á su publicacion. En las causas de competencias los cinco dias de los árbitros, y el mes ó término prorogado por el Canciller, de que se ha hablado en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 44. *art.* 2., se cuentan de momento á momento por favor de la iglesia, en atencion á que, no declarándose la causa en el tiempo debido, gana la iglesia, Fontanella *decis.* 409. *num.* 17. al fin. El mismo autor en la *decis.* 410. *num.* 7. 8. *y* 9. dice, que los dias de la apelacion son continuos, dando la razon, de que la apelacion es acto

extrajudicial, que puede hacerse en qualquiera dia feriado. Para apelar de las interlocutorias hay en Cataluña el término de tres dias, *usage* 2. *de Appel.*

64 Si la parte, que se tuviere por agraviada con la sentencia, probare, que no se atrevió á apelar de ella, ó á seguir la apelacion por miedo de muerte, herida ó prision, debe ser oida, como si la hubiese hecho en su tiempo, *ley* 27. al fin *tit.* 23. *part.* 3.: y lo mismo debe decirse, quando no siguió la parte la apelacion por causa y defecto del juez, *ley* 24. al fin *tit.* 23. *part.* 3. Esto es por medio de restitucion, con la qual, verificándose justa causa, se suelen reponer las cosas en el estado anterior.

En algunos casos puede la parte apelar fuera del término.

65 No solo hay plazo para apelar, sino tambien para presentar testimonio de la apelacion interpuesta al juez superior. Este plazo era por derecho civil de tres, seis meses y aun de un año, segun los tribunales, á que habia de ir el testimonio, *ley* 2., *ley ult. in princ. y* §. 2. *Cod. de Temp. appel.*: en el dia por lo comun, en conformidad al *c.* 4. *y* 33. *de Appellat.* y al *cap.* 2. de las Clementinas en el mismo título, suele prefixarse el tiempo segun el estilo del tribunal con relacion al superior, á quien se ha de presentar el testimonio de la apelacion, cuya mayor ó menor distancia sirve para dar mas ó menos tiempo. Esta solicitud de presentarse la parte, que apela, al juez *ad quem* que dicen, dentro del término prescrito por el juez *a quo* con certificacion de la apelacion interpuesta, y admitida, ó que debió admitirse, se llama por los juristas mejorar la apelacion: y quando no se hace esto dentro del término prescrito se dice, y se declara á instancia de la parte interesada, desierta la apelacion, esto es abandonada ó renunciada; sin hacerse uso de

Término para mejorar la apelacion por derecho civil y eclesiástico.

ella, y quedando entónces sin efecto ninguno. No prefixándose plazo de tiempo por el juez parece, que por derecho canónico en un año, y en dos habiendo habido causa para la tardanza, queda desierta la apelacion, *cap.* 5. *de Appellat.*, *Cur. Fil. quint. part. segund. instant.* §. 2. *num.* 1.

por derecho de Castilla.

66 Por derecho de Castilla debe presentarse á las audiencias y chancillerías el proceso ó testimonio de la apelacion por la parte, que apela, dentro de quince dias, si es el lugar, en que se interpone la apelacion, de los puertos áqüende, y dentro de quarenta si fuere de allende los puertos, *ley* 2. *y* 15. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.*

Necesidad de dicho término, y de lo que en él debe presentarse.

67 Esto necesariamente debió establecerse, porque de otro modo, como uno de los efectos de la apelacion es suspender la execucion de la sentencia, ó dexar á lo ménos pendiente su revocacion, la incertidumbre, con que quedaria la parte, que consiguió la sentencia favorable, perjudicaria infinito. Para mejorar dicha apelacion no es menester presentar todo el proceso ó copia de él: basta el testimonio de la apelacion, *Cur. Fil. quint. part. segund. instant.* §. 2. *num.* 2.: cítase allí para esto la práctica, y se dice, que, aunque por la *ley* 2. *titul.* 18. *lib.* 4. *Rec.* debe presentarse el apelante con todo el proceso de la causa, basta el testimonio dicho por la *ley* 10. *ibid.*

El juez superior debe citar las partes, y llamar á sí los autos.

68 El juez superior en conseqüencia de la apelacion interpuesta, y al tenor de lo que pide la parte, siendo de admitir la apelacion, ha de dar compulsorio para los autos, y citatorio para el contrario, *ley* 1. *y* 2. *t.* 7. *l.* 4. *Rec.*; *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 2. *num.* 4.: *ibid. num.* 5. 6. *y* 7. se dice, que el compulsorio se ha de dar, para que se dé un traslado del proceso y no para el original. Al-

guna vez se mandan traer los autos originales, como sucede en los tribunales supremos en los pleytos de mil y quinientas, y en otros, segun se ha visto ya de algunos en el *primer libro tit.* 9. *cap.* 9.

Debe inhibir al juez inferior, y en qué casos.

69 En la *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 2. *num.* 8. se dice, que el superior no puede dar inhibitoria contra juez inferior, hasta que con vista de autos se pueda juzgar, si ha de ser inhibido: cita para esto las *leyes* 54. *y* 55. *tit.* 5. *lib.* 2. *Rec. y* otras, que en realidad lo prueban: pero esto será, quando del testimonio presentado, ó de la queja sin presentar testimonio, no consta ser admisible la apelacion, ó solo consta, que lo es con limitado efecto: en caso, que tenga lugar, ó sea admisible con sus efectos la apelacion, se suele dar siempre despacho inhibitorio, constando ya por los testimonios presentados la calidad y naturaleza de la causa, que suele y debe expresarse. De este modo queda abierta la nueva audiencia de pleyto en el tribunal superior.

De los dos efectos devolutivo y suspensivo, y á quienes aprovechan.

70 Falta ahora decir algo de los efectos, que tiene la apelacion interpuesta en el modo explicado, y advertir lo que corresponde en quanto á esta parte. Los efectos principales son el de la suspension y devolucion, como se ha sentado *n.* 23. 24. Dichos efectos y todos los demas favorables, que pueden seguirse de la apelacion, son comunes á todos los litis consortes, aunque no hubieren todos apelado, *ley* 1. *y* 2. *Cod. Si unus ex plur. appell.*, *ley* 5. *tit.* 23. *part.* 3. Así como un rescripto de príncipe no solo aprovecha al que le ha ganado, sino tambien á los que se hallan en igualdad de circunstancias, del propio modo sirve la apelacion de uno solo á los demas compañeros: y esto está generalmente recibido, como parece de los autores prác-

ticos, *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 1. *num.* 22., Cancér *de Appell. n.* 16. 65. 96. al fin, Fontanella *decis.* 145. *num.* 13. *y* 14., bien que, para que tenga lugar esta doctrina de extender los efectos de la apelacion á los que no apeláron, debe tratarse de un derecho individuo, inseparable, y en que no pueda considerarse diferencia ó distincion del derecho de uno á el de los demas, como ya previenen Cancér y Fontanella y las mismas *leyes* 1. *y* 2.

En la instancia de apelacion se admiten nuevas probanzas.

71 Sobre si pueden presentarse nuevas probanzas en causa de apelacion, ó si se ha de juzgar por los mismos autos, queda que prevenir lo que corresponde por derecho. En la *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 3. *num.* 7. se dice, hablando del juicio ordinario, y con exclusion del executivo, que la causa en grado de apelacion ha de recibirse á prueba, y que así está recibido en uso, citando para prueba de él á Covarrubias *Pract. quaest. capit.* 23. al fin. Puede dicho uso fundarse en la razon legal, de que, siendo en realidad un nuevo juicio el que se empieza delante del juez superior, no hay motivo para hacer diferencia de él al otro: y aunque si la apelacion se dirigiese solamente á enmendar los desaciertos de los jueces, como parecerá á alguno, que debe dirigirse, podria ser fundado lo contrario, con todo ya he dicho arriba, que la apelacion se da para remedio de otros daños y contingencias, que pueden haberse padecido por negligencias y descuidos de procuradores, abogados, escribanos y de las mismas partes.

Excepcion de lo dicho en algunas causas.

72 En los últimos recursos, como en los pleytos de mil y quinientas, en que ya con alguna dificultad han venido á condescender las leyes á admitir nueva instancia, no se permiten nuevas pro-

banzas, como se verá luego; y esto parece tan justo como lo otro.

73 Cancér *de Appell. num. 66. y 67.*, citando nuestra *const. 2. de Appel.*, dice que en la tercera instancia de las causas de apelacion no se ha de dar lugar á nuevas probanzas, sino que con los mismos autos se ha de dar la sentencia: dice, que esto ya corresponde por derecho comun, y que no impide el que se pruebe lo que se ofrezca por confesion de la parte con las respuestas personales, de que he hablado en la *sec. 4.* del *cap. 7.*, porque esto no tanto es probar, como relevar del cargo ú obligacion de haberlo de hacer.

74 La *ley 2. tit. 19. lib. 4. Rec.* parece, que prueba lo mismo, distinguiéndose dos casos en ella: el uno, en que, despues de haber habido de grado en grado dos sentencias, llega la causa por apelacion á las audiencias ó chancillerías, y el otro, en que se hubieren comenzado los pleytos en dichos tribunales: se dice, que en el segundo la parte puede alegar y probar lo que no alegó, ni probó en la primera instancia, y que entre tanto no se haga execucion hasta quedar el pleyto fenecido con la segunda sentencia: con esto parece indicarse, que no puede hacerse lo mismo en el primer caso.

Término en general para concluir las causas de apelacion.

75 Á mas de haber tiempo, prefinido para apelar y mejorar la apelacion, le hay tambien para proseguir y terminar la causa, que es el *fatal*, que se llama en las leyes *prosequendae appellationis*, y estaba reducido por derecho civil á un año, y habiendo justa causa á dos, *ley ult. §. 4. Cod. de Tempor. appell.* Lo mismo se estableció ó adoptó por derecho canónico, *cap. 5. de Appell.* Por ley de Castilla tambien está señalado el año, *ley 11. tit. 18.*

lib. 4. *Rec.*: pero esto, como ya lo dixe en el *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 52. es de poco uso: y en la *Cur. Filíp. quint. part. segund. inst.* §. 2. *num.* 10., contestándose en esto mismo, se añade: *Y aunque de estilo de los consejos y audiencias supremas del príncipe, sin que haya impedimento, aunque sea pasado el año, se fenece* (la causa) *como se hagan dentro del dicho año algunos actos,... es útil concluir, fenecerla y protestar se determine dentro de él.*

Término en particular para las de cabildos.

76 Las causas de las apelaciones á los cabildos de regidores en los lugares, en que hay costumbre de esto, deben concluirse definitivamente dentro de treinta dias, que corren desde el último de los cinco, en que se puede apelar, *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 6. *num.* 4.

para las de multas.

77 Con decreto de 12 de mayo de 1743, que es el *aut.* 2. *tit.* 26. *lib.* 8. *Aut. Acord.*, se mandó, que en sesenta dias se ha de evacuar qualquier recurso interpuesto por razon de multa.

para las de disenso de matrimonio.

78 Las causas de apelacion sobre racional disenso de matrimonio se han de terminar en el preciso término de treinta dias por el *cap.* 9. de la pragmática de 23 de marzo de 1776.

ARTÍCULO IIII.

De la suplicacion.

En qué tribunales tiene lugar la suplicacion, aplicándose á ella las reglas de la apelacion.

1 He dicho, que no debia admitirse apelacion de las sentencias dadas en nuestro reyno por los tribunales, que estan autorizados, para usar del nombre del príncipe en sus sentencias y decretos, como lo estan las audiencias, chancillerías y consejos, que tienen comunicada esta regalía, y que no dexa

de haber algun remedio equivalente á el de la apelacion, de que se ha de hablar ahora, esto es la suplicacion. De esta se ha de juzgar en casi todo, menos en lo que iré notando como particular, por la regla general de apelacion, no siendo en realidad la suplicacion, sino una apelacion en términos mas urbanos y respetuosos, interpuesta al mismo magistrado, que dió la sentencia, ó á otro alguna vez, como se dirá despues. Fontanella en la *decis.* 412. *num.* 16. *y* 20. dice, que en casi todas las cosas corren parejas la apelacion y suplicacion: y Cancér *de Appell. num.* 26. dice tambien, que la apelacion y suplicacion se miden por las mismas reglas, menos en las cosas, en que por derecho hay prevencion ó disposicion contraria. Lo propio se puede ver en la *Cur. Filip. quint. part. segund. inst.* §. 4. *num.* 1. *y* 2. En los casos, en que no tiene lugar la apelacion, tampoco le tiene la suplicacion, como se verá despues: y quando el uno de estos remedios no tiene el efecto suspensivo tampoco le tiene el otro.

En qué consiste la suplicacion.

2. La suplicacion es una humilde súplica, con la qual el que no tiene el remedio ordinario de la apelacion contra una sentencia, que le perjudica, ó cree perjudicarle, pide al mismo magistrado, que la profirió, que se digne conmutarla: por esto se considera un remedio extraordinario, de gracia mas que de justicia, y concedido mas por la clemencia del príncipe, que por rigor de derecho.

De los ministros, que deben concurrir en Cataluña en causa de suplicacion.

3. Segun nuestra *Nueva Planta* en el *cap.* 3. las suplicaciones en la Audiencia de Cataluña se interponen á la misma sala: y en el caso de ser la segunda sentencia contraria á la primera para la tercera deben asistir el Regente y otro ó mas ministros, de manera que sean los votos siete.

Por regla general solo debe admitirse una suplicacion.

4 Así como hemos dicho, que habia de ser limitado el número de las apelaciones, tambien ha de serlo el de las suplicaciones, y con mayor razon. Por derecho comun en la *ley* 5. *Cod. de Prec. imperat. offer.*, generalmente recibido en todos los estados, solo se puede suplicar una vez. Todos los autores castellanos y catalanes, regnícolas y extrangeros convienen en este principio. Esto pende de las razones indicadas en el *art.* 3. *num.* 18., á las quales debe añadirse, por lo que toca á audiencias, chancillerías y consejos, la circunstancia de ser tribunales colegiados, y compuestos de muchos jueces ó personas, facilitando esta constitucion, que puedan los unos ayudar, y guiar á los otros, tratando y decidiendo los asuntos con diligente exâmen. En el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 9. *num.* 14. ya se ha dicho, que de algunas audiencias hay tambien apelacion á chancillerías, de las quales no hablo ahora, sino de los tribunales, en que hay recurso de revista mediante suplicacion interpuesta en los mismos.

Modo con que se ha entendido dicha regla en Castilla.

5 Lo que he sentado, que solamente puede suplicarse una vez, aunque está generalmente recibido en todas partes, parece que no en todas está del mismo modo entendido y adoptado por las leyes respectivas. En la *ley* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Rec.*, con la qual concuerda la 5. *tit.* 17. *ibid.*, está lo que debe observarse en donde gobiernan las leyes de Castilla en órden á las suplicaciones: ó se trata de pleyto, en que, despues de haber habido de grado en grado dos sentencias, llega la causa por apelacion á las audiencias y chancillerías, ó de los comenzados en las mismas audiencias y chancillerías. En el primer caso, si la sentencia de los oidores es confirmatoria de tales sentencias, no hay mas suplicacion:

pero si es revocatoria de ellas, ó de alguna de las dos, hay suplicacion á los mismos oidores : mas no la hay de la que en dicho caso se diere en grado de revista. Esto se mandaria por lo que se ha dicho de no permitirse apelacion habiendo tres conformes, y por la igual ó mayor fuerza, que debe tener una sentencia proferida por un tribunal supremo, respecto de las de otros inferiores : pues no puede haber razon ninguna, para que, habiendo tres sentencias conformes de tres jueces inferiores se niegue la apelacion, y se conceda habiendo tres conformes, de las quales las dos sean de dichos jueces y la otra de un tribunal superior. En el segundo caso, quando los pleytos comenzáron en las mismas audiencias y chancillerías solo hay suplicacion á los mismos oidores : y de la sentencia, dada en grado de suplicacion, no hay mas alzada ni suplicacion, causando la sentencia executoria, dicha *ley* 2., *ley* 3. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.* Despues ya se verá, que hay la segunda suplicacion á S. M., ó á la Sala de Mil y Quinientas: pero ahora hablamos solamente de las suplicaciones, que se interponen á la misma audiencia. En la *Curia Filípica quint. part. segund. inst.* §. 4. *num.* 4. 5. *y* 6., refiriéndose lo que he dicho de la *ley* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Rec.*, se advierte, que quando las sentencias de revista contienen algun capítulo, no comprehendido en la primera, ó ha comparecido, ó se ha opuesto en la revista alguno, que no habia sido llamado ántes, se puede suplicar segunda vez en las audiencias, porque entónces viene á ser nueva vista; y la instancia no es de suplicacion ni de revista. Es consiguiente á lo dicho, que en los consejos no haya mas, que una suplicacion, y que con la sentencia de revista, confirmatoria ó revocatoria, quede fenecido el

pleyto, como de el de Castilla consta en la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. *Rec.* y de otros en otras leyes.

Modo muy diferente con que se ha entendido en Cataluña.

6 En Cataluña todos los autores hablan en términos, de que de la sentencia de revista, si es revocatoria de la primera, hay suplicacion, como se puede ver en la *decis.* 174. de Fontanella *num.* 1. *hasta el* 5., citándose á favor de esto á Covarrubias *Pract. quaest. cap.* 25. al fin, que en realidad favorece esta opinion, sentando ó suponiendo, que hasta haber dos sentencias conformes se puede suplicar en los tribunales, que usan del nombre del príncipe: poco ha ya hemos visto, que esto mismo lo autoriza la *Nueva Planta* del Sr. D. Felipe V. en el *cap.* 3. citado: pues en él se dice, que las suplicaciones se interpongan á la misma sala, y que, si la segunda sentencia es contraria á la primera, para la tercera sean siete los que voten: suposicion clara, de que de la sentencia de revista, si no es conforme con la primera, hay suplicacion en el mismo tribunal: y la práctica ha sido siempre conforme á esto.

En Castilla la única suplicacion es con relacion á la causa, y en Cataluña con relacion á la parte.

7 Esta variacion me ha confundido algun tiempo, pareciéndome, que en todas partes caminaban los autores sobre un mismo principio de no admitirse sino una suplicacion: y para mí esta es la realidad, sino que del mismo principio se han sacado contrarias conseqüencias. En Castilla parece, que se entenderia la única suplicacion permitida con relacion á la causa, y en Cataluña con relacion á la persona. Pedro por exemplo gana la causa contra Pablo en primera instancia: Pablo suplica, y en la revista gana contra Pedro: si se atiende á la causa se ha suplicado ya una vez en ella: si se atiende á las personas Pedro no ha llegado aun á suplicar una vez. Por esto, no permitiéndose en

Castilla suplicar en este caso á Pedro, porque de la sentencia de revista, sea confirmatoria ó revocatoria, no hay suplicacion, la única que se concede es con respecto á la causa. En Cataluña en el caso propuesto Pedro puede suplicar, y con la tercera sentencia, quedando esta conforme con una de las dos primeras, no tiene lugar la suplicacion, entendiéndose tambien, que solo se ha suplicado una vez. Esta inteligencia parece conforme con lo que de comun opinion de todos los autores se ha dicho en el *art.* 3. *num.* 21. de Van-Espen, que hasta haber tres sentencias conformes, no se entiende, que haya tercera apelacion, como se vé algunas veces en el tribunal de la Nunciatura: pues de este modo la tercera apelacion, que es la prohibida, solo se entiende ser tal con relacion á la persona que apeló, y no con relacion á la causa, en que se ha apelado. De la inteligencia, que se ha dado en Castilla, se sigue una conseqüencia muy particular, como es la de que en el caso, que Pedro haya ganado la primera sentencia en tribunal ordinario, y la segunda en audiencia, ó las dos primeras en tribunal ordinario, perdiendo la tercera en audiencia ó chancillería con una sola sentencia queda sin recurso ninguno de suplicacion, concediéndose primera y segunda á otros con ménos ó ninguna presuncion favorable: pero en éste y otros casos semejantes, que de lo mismo resultan en quanto á tribunales y causas, en que no tiene lugar la segunda suplicacion, pidiéndolo las circunstancias ó la gravedad del asunto suele conceder S. M. una revision.

8 Aunque queda establecido el principio, de permitirse solamente una suplicacion en las audiencias y chancillerías, hay en España una segunda

En algunos casos hay en España se-

gunda suplicacion de mil y quinientas, quáles sean, y cómo se admite.

suplicacion, pero en algunos casos determinados solamente, y con ciertos requisitos, que deben ahora explicarse. Si los pleytos fueren muy graves, ó de cosa árdua, comenzados y fenecidos en dichos tribunales con segunda sentencia de revista, puede por la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *Rec.* suplicar la parte, que se diere por agraviada á S. M.: y ésta es la que se llama segunda suplicacion: pero, para que la malicia de los litigantes no abuse de este remedio, no puede hacerse esta segunda suplicacion, sino obligándose la parte, que suplica, ó dando fiadores dentro de veinte dias, que se dan para interponer esta segunda suplicacion, de pagar mil y quinientas doblas de oro de cabeza, si por aquel ó aquellos, á quienes S. M. lo encomendare, fuese hallado, que la sentencia de los oidores fué bien y derechamente dada, debiéndose esta cantidad dividir despues en tres partes, la una á favor de aquel por quien fué dada la sentencia, la otra para los oidores, que diéron la sentencia suplicada, y la otra para S. M.: así consta de dicha *ley* 1. y del *auto* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.*

El fiscal solo debe dar fianza por mil doblas.

9 De corresponder la tercera parte á S. M. nace la disposicion de la *ley* 10. *tit:* 20. *lib.* 4. *Rec.* de que el procurador fiscal, si quiere usar de este remedio, solo ha de dar fianza por mil doblas.

Las 1500 se pagan aunque se revoque la sentencia en alguna parte.

10 Las mil y quinientas doblas deben pagarse, aunque se revoque la sentencia suplicada en cosas accesorias á la sentencia, ó en artículos ménos principales, con tal que no sea en cosa de gran suma ó arduidad, que por ello solo pudiese haberse suplicado, *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 4. *Rec.*

No se pagan apartándose la parte de la instancia.

11 Si quiere la parte, que suplicó, excusar la pena apartándose de la suplicacion, debe hacerlo dentro de tres meses después que suplicó: apar-

tándose despues ha de sufrir la misma pena de las mil y quinientas doblas, como si se hubiese confirmado la sentencia, *ley* 4. *tit.* 20. *lib.* 4. de la *Recopilacion.*

12 Cada dobla de oro de cabeza parece, que valia cincuenta y un reales y medio de vellon, segun dicen los autores de las *Instituciones del derecho de Castilla* D. Ignacio Aso y D. Miguel de Manuel, citando en el *capítulo* 4 *tit.* 9. *lib.* 3. á Cantos en su *Escrutinio de monedas cap.* 15. *num.* 16. *hasta el* 20. En la *Cur. Fil. quint. part. segund. inst.* §. 5. *num.* 5. se dice, que cada una de estas doblas era un castellano, que valia diez y seis de los que corrian en su tiempo: cita á Covarrubias *de Veter. numis. collat. cap.* 6. *num.* 3.

Valor de las doblas.

13 De la pena de las mil y quinientas doblas, á que se sujeta la parte suplicante, ha quedado á la suplicacion el nombre de mil y quinientas, como tambien á la Sala, que suele conocer en estos casos, y á quien lo suele encomendar S. M.: pues para cada recurso ó suplicacion de estas se expide cédula por el Rey, á fin de que se vea otra vez en dicha Sala la causa suplicada: en esta revista han de ser á lo menos nueve los jueces, que voten, como queda dicho *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 10. *num.* 15., á la qual me remito.

El recurso se hace al Rey, y se suele remitir á la Sala de Mil y Quinientas.

14 Esta segunda suplicacion, como he dicho ya, solo tiene lugar en los pleytos, que fueren muy grandes y de cosa árdua, que son los términos, de que usa la ley citada: pero esta generalidad no basta; y es menester explicarla con la enumeracion de los casos particulares, que comprehende, y de las circunstancias, que deben concurrir.

Solo se admite dicha suplicacion en algunas causas, y quáles son.

15 De la *ley* 7. *tit.* 20. *l.* 4. *Rec.* consta, que, para interponerse esta segunda suplicacion, debe ser

tan grande el valor y la estimacion de lo que se litiga, como las mil y quinientas doblas, y que debe ser comenzada la causa en consejo, ó audiencia por nueva demanda, y no por via de restitucion, ni reclamacion, ni nulidad ni en otra manera alguna: de la 8. *ibid.* consta, que no se admite en causas de posesion, quando hubiere sobre ella dos conformes, y que solo se ha de admitir, no siendo conformes las dos sentencias si el valor de la propiedad de la cosa fuere de tres mil doblas de cabeza, ó de ahí arriba, exceptuándose aun de esto por la *ley* 14. *ib.* las causas de posesion de bienes de mayorazgo del Consejo: de cuyas sentencias de vista ó revista, sean ó no conformes, no se admite esta segunda suplicacion: en la *ley* 9. *ib.* se mandó, que el valor de la propiedad, tasado en la *ley* 7. *ibid.* en mil y quinientas doblas, debiese ser de tres mil, y el valor de la propiedad, tasado en la *ley* 8. *ibid.* en tres mil en las causas de posesion, hubiese de ser de seis mil, para admitirse esta segunda suplicacion.

No se admite en causas criminales ni en sentencias interlocutorias.

16 En la *ley* 11. *ibid.* se previene, que no tiene lugar esta segunda suplicacion en causas criminales; y en la *ley* 6. *ibid.*, que tampoco le tiene en autos ó sentencias interlocutorias, aunque tengan fuerza de definitivas.

Resumen de lo dicho en quanto á segunda suplicacion.

17 Recapitulado todo resulta, que esta segunda suplicacion solo se admite de las sentencias, comenzadas por nueva demanda en consejos, chancillerías, ó audiencias, exceptuándose aun de estas las causas criminales, y las civiles interlocutorias por mas, que tengan fuerza de definitivas, y aun las demas, quando el valor de la cosa, que se litiga, no llega á tres mil doblas en las causas de propiedad, y en las de posesion á seis mil, con segunda excepcion en quanto á estas causas de posesorio

de no admitirse segunda suplicacion, quando hay dos conformes, ó quando son de bienes de mayorazgos, de que ha conocido el Consejo en vista y revista.

18 En esta segunda suplicacion se ha de conocer y determinar por los mismos autos del proceso, en que se ha interpuesto la segunda suplicacion, *sin recibir escrito, ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra manera alguna, ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. *Rec.* *Se ha de conocer en dicha suplicacion por los mismos autos.*

19 En Cataluña por constitucion del principado debian todas las causas determinarse definitivamente en él: pero esto quedó variado con la nueva constitucion de gobierno en la *Nueva Planta* con abolicion de fueros, que vulnerasen las regalías mayores. En conseqüencia de esto en el *aut. ult. tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.* está decidido con decreto de 12 de enero de 1740, que tambien debe tener lugar en Cataluña esta suplicacion de las mil y quinientas y el recurso de injusticia notoria, de que se hablará luego. *Tiene tambien lugar dicha suplicacion en Cataluña.*

20 Así como al hablar de apelaciones se ha visto, que algunas causas por respectos particulares no las admitian, tambien se ha de sentar lo mismo en quanto á suplicaciones: volvamos á hablar en general de ellas, ó de la primera suplicacion, dexando ya por ahora la segunda, de que he tratado por la conexîon de la primera, con la oportunidad de sentar, que ella sola es la que por lo regular se permite. *En algunas causas no se admite suplicacion ninguna.*

21 El favor de la humanidad exîge lo que trae nuestra *ordenanza* 513. de las de nuestra Audiencia y la *ley* 6. *tit.* 9. *lib.* 2. *Rec.*, que lo proveido en las visitas de cárceles por los ministros y oidores se *Se cuentan en dicho número las provisiones, que se ha-*

cen en visitas de cárceles. execute sin suplicacion. En la *ord.* 523. *ibid.* y en la *ley* 7. *tit.* 9. *lib.* 2. *Rec.* se trata de lo que debe seguirse en caso de haber diversidad de votos en visita de cárceles.

las de Juntas de competencia de Corte, y las de recursos de fuerza. 22 Con respecto á favorecer la expedita administracion de justicia deben contarse denegadas las suplicaciones siguientes: en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 44. *art.* 6. ya se ha visto, que de las determinaciones tomadas por las Juntas de Competencias de la Corte no hay suplicacion ni recurso: en el *art.* 2. *ibid.* se dice tambien, que de los autos, con que se declara, que el eclesiástico hace fuerza en opinion de muchos no hay suplicacion: solo los hay en los recursos de nuevos diezmos de Castilla.

las de tercera instancia en las audiencias. 23 En la *ley* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Rec.* ya se ha dicho, que quando se trata de pleytos, que despues de haber habido de grado en grado dos sentencias llegan por apelacion á las audiencias y chancillerías, no hay suplicacion de aquellas primeras sentencias de dichos tribunales, que son en tercera instancia con respecto á las sentencias antecedentes.

las de árbitros confirmadas por audiencia. 24 En la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* está mandado, que de las sentencias de audiencias y chancillerías, confirmatorias de las de los árbitros, no hay suplicacion, ni remedio alguno: en quanto á esto me refiero á lo dicho en el artículo antecedente.

las de administracion ó seqüestro de bienes de mayorazgo. 25 De las sentencias, dadas por el Consejo sobre proveer la administracion, ó seqüestro de los bienes de mayorazgo en el tiempo de litigarse sobre la tenuta de ellos en el Consejo, no se admite súplica, ni otro recurso segun el *auto acordado* de 20 de julio de 1750, de que hace mencion el Sr. Elizondo en el *tom.* 2. de su *Pract. univ. pagin.* 381. *y* 382.

26 Segun la *ley* 5. *tit.* 20. *lib.* 4. *Rec.* tampoco hay suplicacion del auto, en que se declare haber ó no grado para la segunda suplicacion.

las declaratorias del grado.

27 En el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 44. *art.* 6. ya se ha dicho, que no se admite suplicacion de la sentencia, con que se declare, que alguna causa es civil ó criminal.

las de si la causa es civil ó eclesiástica.

28 En nuestra *const.* 6. de la *Comisió de causas* se manda, que pendiente causa de suplicacion de algun artículo de prévio pronunciamiento no puede suplicarse de las interlocutorias de aquel juicio. Cancér *In quib. caus. non lic. supplic. num.* 41. *hasta el* 46. dice, que ha de entenderse esto, si la interlocutoria no tiene fuerza de definitiva. En la *const.* 12. *de Suplicació de sentencias* se prohibe tambien la suplicacion de la interlocutoria sobre artículo suscitado despues de la conclusion en causa. Esto tambien dice Cancér *ibid. num.* 85. *hasta el* 91., que ha de entenderse del mismo modo. Otra constitucion hay semejante la 15. *de Suplicació de sentencias*, que no permite suplicacion en algunos artículos de prévio pronunciamiento, que Cancér *ibid. num.* 2. *hasta el* 12. y Fontanella *decis.* 460. limitan con la misma interpretacion.

las de prévio pronunciamiento en muchos casos

29 En 13 de agosto de 1736 se publicó edicto de nuestra Audiencia con relacion á órden de S.M., del qual consta, que ántes de qualquiera provision relativa á la prueba, ó á la conclusion en causa, á traslado, y á otros artículos de corta ó ninguna entidad, y que solo miraban al órden y trámites de los juicios, se admitia suplicacion en virtud de lo dispuesto por derecho municipal; que por esto se hacian interminables los pleytos con infinitos artículos de prévio pronunciamiento, y que mandó S. M., que en esto se procediese por la Audiencia

Órden para que en Cataluña se cortase el abuso de admitir suplicaciones de decretos interlocutorios de poca entidad.

conforme á derecho, admitiéndose suplicaciones en los casos y causas, en que deben admitirse, y desestimándose, quando conforme á derecho se deben despreciar como maliciosas. Del tenor de esta órden parece claro, que en artículos sobre cosas de poca entidad, y que tienen solamente mira á la substanciacion de autos y trámites del juicio, no debe admitirse suplicacion. Finalmente en nuestra *const.* 5. *de Arbitres*, y en otras muchas citadas ántes sobre casos, en que se niega la apelacion, ó no se le da el efecto suspensivo, se establece lo mismo en quanto á la suplicacion.

Aplicacion de las reglas de apelacion á la suplicacion.

30 En la *Curia Filípica quint. part.* §. 4. *num.* 2. se dice, que regularmente en todos los casos, en que tiene lugar la apelacion y con efecto suspensivo, le tiene tambien la suplicacion, y al contrario en los casos, en que no ha lugar á la apelacion, ni tiene ella efecto suspensivo, tampoco le tiene la suplicacion.

Se admite la suplicacion en todas las causas en que no está prohibida.

31 De todas las demas sentencias, dadas sobre otras materias en tribunales superiores, en que por su preeminencia no tiene lugar la apelacion, le tiene por lo comun la suplicacion por la regla general, y por la misma excepcion de las causas expresadas, que afirman la regla en el caso contrario.

De los autos, con que se manda la execucion sin embargo de suplicacion.

32 Del *auto* 10. *tit.* 19. *lib.* 4. *Aut. Acord.* consta, que en algunos autos de las audiencias se suele poner la cláusula, de que se executen sin embargo de suplicacion, y que en estos casos puede pedirse licencia para suplicar á la misma sala, precediendo visita de urbanidad á los jueces, que votáron el *sin embargo*. El poner esta expresion en las sentencias será en los casos, en que la suplicacion no deba admitirse por la regla general, ó no deba tener el efecto suspensivo; y el admitirlas precediendo la

visita será quando se vea, que las nuevas probanzas han de hacer variar las determinaciones, y se trate de pleytos árduos y dudosos, como se declaró en quanto á la Sala de Provincia del Consejo en un decreto de 1783, de que se habló en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 10. *num.* 18.

33 Explicado ya lo que es suplicacion, en qué causas se admite, y con qué efectos, he de hablar ahora del tiempo prefixado para suplicar. Por derecho civil en la *auténtica Quae supplicatio Cod. de Precib. imperat. offer.* y en la *novela* 119. *cap.* 5. se da el término de diez dias. Por derecho de Castilla hay diez dias para suplicar de las definitivas y tres de las interlocutorias contándose desde el dia de la data, si fueren presentes las partes, y desde la notificacion si estuvieren ausentes, *ley* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Rec.* *Término para suplicar por derecho civil y de Castilla.*

34 En Cataluña el tiempo prefinido para suplicar de sentencias definitivas en la Audiencia es de diez dias, *const.* 1. *y* 2. *de Suplicacions de sentenc.*: para las suplicaciones de las interlocutorias es de tres, *const.* 4. *y* 17. *ibid.*: pero estos tres son útiles, porque así lo expresa la citada *const.* 17., lo que no se verifica en la 1. y demas, que tratan de los dias de la suplicacion de las definitivas; debiendo por esto mismo ser continuos: en el diferente modo, con que hablan una y otra constitucion, está la razon de diferencia, Fontanella *decis.* 410. *por derecho de Cataluña.*

35 Por la *const.* 1. *de Suplicacions del volumen* 2. parece, que es requisito para pasar adelante en las causas de suplicacion el dar caucion de pagar daños y costas á la parte contraria en caso de quedar vencido el que suplica. *Necesidad de depósito en Cataluña.*

36 En la *decis.* 408. 409. de Fontanella se puede ver, que en Cataluña por práctica inconcusa se *En dicho término no se*

cuenta el dia de la notificacion.

observa el estilo, de que en quanto á las suplicaciones el dia del término no se compute en él, y que no corre el tiempo de momento á momento, sino desde el primer dia siguiente despues de proferida y notificada la sentencia: en quanto al derecho comun parece que hay sobre esto disputa.

Término para interponer la segunda suplicacion.

37 Para la segunda suplicacion hay veinte dias, *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *Rec.* Con real cédula de 17 de abril de 1774 se estableció, que el término de estos veinte dias ha de correr desde el dia de la notificacion hecha al procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso.

Término para mejorar las primeras suplicaciones.

38 Para mejorar en las primeras suplicaciones interpuestas á una misma audiencia, chancillería, ó consejo no parece, que se necesite de ninguna diligencia, pudiendo en fuerza del traslado ó notificacion, que se da de la suplicacion interpuesta, obrar la parte interesada, para que se termine el pleyto, del mismo modo, que puede hacerlo, quando mejorada la apelacion en un tribunal superior se le emplaza.

para mejorar la segunda.

39 Para mejorar, ó acudir á S. M. en segunda suplicacion hay quarenta dias, contados desde el dia que se suplicó so pena de desercion, *ley* 4. *titul.* 20. *lib.* 4. *Rec.* Con real cédula de 17 de abril de 1774 los quarenta dias se prorogáron á noventa en los recursos de sentencias dadas en las Audiencias de Canarias y de Mallorca.

En las causas, en que la apelacion no tiene efecto suspensivo, tampoco le tiene la suplicacion.

40 Explicada la naturaleza de la suplicacion, los tribunales y causas, en que tiene lugar, y el tiempo, en que debe interponerse, hablaré de los efectos, que ella tiene. Como la suplicacion se interpone al mismo magistrado es claro, que no hay que hablar de efecto devolutivo, porque la jurisdiccion, y conocimiento de la causa suplicada re-

side en él mismo, que profirió la sentencia: y tambien es claro, que hay efecto devolutivo, quando se acude á S. M. con la segunda suplicacion de mil y quinientas: en quanto al efecto suspensivo parece evidente, que en las causas, en que no le tiene la apelacion, tampoco debe tenerle la suplicacion, ya por lo que se ha dicho, que corren siempre parejas estos dos remedios, ya tambien, porque quanto es mayor la autoridad del magistrado, cuya sentencia se desea ver conmutada, tanto menor, ó por lo ménos no mayor, debe ser el efecto de la solicitud, con que se procura su revocacion.

41 No solo en las causas expresadas cesa el efecto suspensivo, sino generalmente en todas segun derecho civil, si la parte, que ha ganado la sentencia, presta caucion de pagar todo lo que corresponda en caso de revocarse la sentencia, *auténtica Quae supplicatio Cod. de Precib. imperat. offer.*, *novel.* 119. *cap.* 5. En Cataluña se practica lo mismo, como se puede vér en Cancér *de Sentent. num.* 124. *y* 125. y en Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *num.* 69. y en la *dec.* 428.: éste en el *num.* 23. *ib.* dice, que juzga, que lo mismo se observa en los demas tribunales de España. Se fundan dichos autores en el derecho comun y en las *constituciones* 9. *y* 10. *de Execució de sentencias.*

tampoco la tiene por derecho civil y de Cataluña en las otras causas prestándose caucion.

42 El efecto de execucion, mediante la caucion idónea, defiende Fontanella *decis.* 428., que tiene lugar no solo en la primera sentencia suplicada, sino tambien en la segunda, quando es contraria á la primera. Algunos en este caso habian en su tiempo pretendido, que no debia admitirse por la grande resistencia, con que se opone la primera á la segunda: las sentencias revocatorias de las primeras las llaman *vulneradas*, como dice allí

mismo Fontanella, por lo que hiere y daña la primera á la segunda con su oposicion y contrariedad: y en este caso opinaban nuestros juristas, que por lo mismo no debia tener tanto efecto la sentencia vulnerada, como la que no lo fuese, esto es la primera ó no contrariada aun por otra. Pero, como las leyes generalmente dan execucion á las sentencias suplicadas mediante la caucion sin distinguir de unas á otras, tampoco debemos distinguir nosotros segun el axîoma corriente de los jurisconsultos.

Dicha caucion es en Cataluña formalidad precisa.

43 La caucion, que exîge la *constitucion* 10. *de Execució de sent.*, es de forma, como dicen, de modo que no puede suplirse por aquiescencia de parte. Así lo trae Tristany en la *decis.* 28.

debe mejorarse dos veces.

44 La fianza dada en causa de suplicacion parece, que se ha de mejorar dos veces en esta provincia, si lo insta la parte: así lo dice Peguera en el formulario puesto al fin de la *rúbrica* 29., y lo supone en algun modo Cancér *de Sentent. num.* 248.

Poco ó ningun uso en el dia de dicha caucion.

45 En el dia parece, que no se hace uso ninguno de la facultad, que dan las leyes citadas de executar la sentencia suplicada mediante caucion: y esto sin duda provendrá de las dificultades, que acostumbrarian suscitarse sobre la idoneidad de fianza, y para evitar de este modo un pleyto ó diferentes pleytos sobre el indicado punto y el de mejorar la fianza.

En Castilla solo en un caso particular se executa con caucion la sentencia suplicada.

46 Por derecho de Castilla no tiene lugar lo que se ha dicho en el *num.* 42., que mediante caucion prestada por la parte que gana deba executarse la sentencia suplicada á pesar de lo que he referido, que dice Fontanella de los demas lugares de España. En la *ley* 1. *tit.* 20. *l.* 4. *Rec.* se lee expresamente, que interpuesta la segunda suplicacion de

mil y quinientas no se haga execucion de la sentencia suplicada: y en la 15. *ibid.* se pone una excepcion de esta regla, dándose execucion á la sentencia de revista, quando es del todo conforme con la primera, ó en lo que lo sea, aunque esté interpuesta la suplicacion de mil y quinientas, con tal que se preste la caucion á contento de los jueces de quien se suplicare, de volver lo principal, que se disputa, y los frutos en caso de ser revocada la sentencia, de que se suplica. Las disposiciones de estas dos leyes excluyen claramente la execucion en las primeras sentencias, aunque se ofrezca caucion: y conforme á esto es la práctica de los tribunales.

Sobre si no hallándose fiadores debe admitirse la caucion juratoria.

47. La mayor dificultad está en determinar, sino hallando por su pobreza la parte, en cuyo favor se hubiere dado la sentencia, fianza idónea y á satisfaccion del colitigante, puede admitirse caucion juratoria: ésta comunmente no se admite; quando las leyes mandan dár caucion, que regularmente se entiende de fianza idónea: y por lo que toca á nuestra provincia así lo expresa Fontanella *decis.* 402. *num.* 5. De esto suele haber algunas excepciones, como la de causa de alimentos, en la qual no dexa de admitir nuestra Audiencia segun las circunstancias la caucion juratoria, como parece de Cancér en el *capítulo de Sentent. num.* 249. y de Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *numer.* 74. *hasta el* 90. y en algun otro caso, de que habla este mismo autor en el lugar últimamente citado. Paz en su *Praxis tom.* 1. *part.* 7. *cap. unico num.* 95. dice, que siendo pobre el litigante se suele admitir caucion juratoria por las mil y quinientas doblas en la segunda suplicacion.

En Cataluña

48. Fontanella y Cancér en los lugares, que

la tabla de comunes depósitos sirve en lugar de caucion, y cómo.

luego se citarán, traen como propio de este principado, que en los pleytos, en que se trata de determinada cantidad de dinero, hallándose alguno condenado á pagarla, puede la parte, que ganó, no hallando fianza, nombrar por suplemento de ella, ó como caucion la *tabla*, que llaman, de los *comunes depósitos* de la Ciudad de Barcelona, á fin de que executándose la sentencia de la Real Audiencia ponga la parte condenada en depósito en dicho lugar, que ha tenido siempre grandes privilegios y seguridades, la cantidad en que se halla condenada, pudiendo sacarse de allí quando la parte, que ganó, presente idónea caucion, ó logre confirmacion de la primera sentencia, y no en otra forma. Con esto se precave lo que pudiera padecer el que fué condenado en la primera sentencia, si se revocase, y el que ganó parece que tiene mas expedito su derecho de execucion hallándose ya depositado el dinero.

49 Fontanella en la *claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *num.* 70. *hasta el* 74. y en la *decis.* 402. está fuerte contra este estilo, diciendo, que nuestro banco de comunes depósitos no puede reputarse idónea caucion, puesto que en él puede quedar asegurado el capital ó su restitucion, pero no la de los frutos ó intereses, á que debe tambien extenderse la caucion segun los textos, que obligan á darla: pero de los mismos lugares citados consta, que no pudo nada la oposicion de Fontanella contra el estilo y práctica introducida, de que tambien hace mencion Cancér en el *capítulo de Sentent. num.* 248. Parece de este lugar, que se fué introduciendo esta observancia y práctica para cortar cavilaciones de las partes en reprobar fianzas, ó en pedir que se mejoren, las quales suelen suscitarse sin dexar medio

ni piedra por mover, para no desprenderse del dinero. Una vez que la parte se ha desprendido de él, ó le ha buscado para el depósito, es mas fácil reconocer la razon, allanarse á lo que corresponde, y no oponer las excepciones infundadas, de que pretende valerse, quando se ha de sacar de casa el dinero, ó se ha de vender alguna cosa para juntarle.

ARTICULO V.

Del recurso de notoria injusticia.

1. He hablado de las apelaciones, y de que no tienen lugar en todo género de causas: en algunas de éstas se ha hallado el remedio de la primera y segunda suplicacion: esta última no tiene lugar en varias causas, como resulta de lo que se ha dicho en el artículo antecedente: quando en las sentencias dadas en causas, que no admiten segunda suplicacion, hay notoria injusticia, parece justo que se halle algun remedio, que es el que llamamos recurso de notoria injusticia. En nombre de recurso entiendo qualquiera solicitud dirigida al correspondiente juez, para que provea de remedio en alguna cosa; y el hacer esto parece que es cosa de derecho natural, estando colocados los magistrados en su alto grado de poder, para oir siempre, y administrar justicia á las partes. Por esta razon, y por la de impedir la opresion de los poderosos, suele siempre ser privilegiada y protegida la facultad de recurrir; y nunca debe serlo mas, que quando se dirige al príncipe, de manera, que el recurso, especialmente al sobera-

Equidad del recurso de notoria injusticia.

no, no está prohibido aun en el caso de estarlo la apelacion, Fontanella *decis.* 286. 287.

No es necesario en los tribunales subordinados á las audiencias.

2 El recurso de notoria injusticia es para las sentencias dadas en las chancillerías y audiencias, que no tienen superior en la provincia, á quien puedan acudir las partes: pues, por lo que respecta á los tribunales inferiores y subordinados á la misma audiencia, puede ésta conocer por via de apelacion de las sentencias notoriamente injustas, y aun en el caso de haber pasado en cosa juzgada puede rescindirlas á título de restitucion: de nuestra Audiencia trae Cancér *Litter. requisit. num.* 65. *hasta el* 68., que sigue esta opinion, y que es justísima, debiendo como tribunal supremo despreciar las sutilezas de derecho, y atender principalmente á la equidad y justicia.

Debe fundarse en injusticia notoria sin nueva probanza para justificarla.

3 Del mismo nombre del recurso es evidente, qual deba ser la injusticia, que pueda fundarle, esto es, conocida á primera vista, sin necesitarse, para quedar el juez convencido de ella, de combinaciones, ni reflexiones, que esto parece, que significa la palabra *notoria*: por la naturaleza de estos mismos recursos parece que han de determinarse *ex eisdem actis*: pues alegando cosas nuevas no puede quedar justificada la injusticia notoria de una sentencia, que no pudo fundarse en hechos, que no se probaron.

En qué causas se admite y con qué depósito ó fianza.

4 Segun consta del *auto* 7. y *ult. tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.* de todas y qualesquiera sentencias dadas en chancillerías y audiencias, en que no tenga lugar la segunda suplicacion de mil y quinientas, habiendo causas, que puedan justificar un recurso de notoria injusticia, puede hacerse éste al Consejo ó á la Sala de Gobierno, precediendo de parte de quien le introduxere el depósito de quinientos duca-

dos de vellon, y condenándose en esta cantidad á los que usaren de dichos recursos siempre que no resulte de autos la injusticia notoria, en que deben fundarlos: dicho depósito ha de recogerle por su cuenta y riesgo el escribano, ante quien se otorgare el recurso, y debe en caso de no justificarse la notoria injusticia aplicarse por terceras partes á la cámara de S. M., á los jueces de la chancillería ó audiencia, de donde viniere el recurso, y á la parte, contra quien se intentare.

5 Allí mismo se puede ver, que no es necesario el depósito, y que se admite en lugar de él fianza lega, llana y abonada, y á los que hubieren litigado como pobres la caucion juratoria.

6 Con Cédula de 12. de Agosto de 1773. se aumentó á mil ducados el depósito. No solo se castiga á las partes con la pérdida del depósito de los mil ducados, sino que se manda multar á los abogados, que firmen las peticiones de estos recursos, si se hallare no ser verídicas, ni asistidos los recursos de las circunstancias, que puedan justificarlos, §. 4. *aut.* 7. *tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.*

Aumento en 1773 del depósito.

7 De la citada Cédula de 12. de Agosto de 1773. consta, que tambien se admiten estos recursos de injusticia notoria para la Sala Segunda de Gobierno de las sentencias dadas en los consulados por los jueces de alzadas ó apelaciones.

Se admite en las causas de los consulados.

8 Se exceptuan de la regla general, que he dicho, de deberse admitir dichos recursos en todas las causas, en que no tiene lugar la suplicacion de mil y quinientas, las determinaciones, que se hayan dado en juicios posesorios de qualquier calidad y entidad que sean, §. 1. *aut.* 7. *tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.*, y las sentencias de vista, mandadas executar sin embargo de suplicacion, sin

No se admite en juicios posesorios, ni de sentencias mandadas executar, ni de las interlocutorias.

que las partes, que intentaren introducir, justifiquen en el Consejo, haber pedido licencia para suplicar de tales sentencias, y que no se les concedió, §. 2. aut. 7. *ibid.* Tambien se exceptúan los autos interlocutorios quando no contienen daño, que no se pueda reparar en difinitiva, §. 3. *ibid.*

No hay recurso de lo que se declara.

9 De la determinacion de este recurso no hay suplicacion ni revista, *dicho auto 7. al fin.*

Declaracion para que se admita en Cataluña dicho recurso.

10 Con decreto de 12. de Enero de 1740. en el *aut. ult. tit.* 20. *lib.* 4. *Aut. Acord.* se mandó, como queda dicho de la segunda suplicacion, que en las sentencias de la Audiencia de Cataluña se admitiese el recurso de notoria injusticia en los mismos casos, y en la propia forma, que se practica en los demas tribunales del reyno.

No hay término para interponerle y mejorarle.

11 En quanto al tiempo de interponer y mejorar el recurso de injusticia notoria no hay disposicion particular: por lo ménos no la hallo; y personas bien instruidas en esto me dicen, que no la hay.

TITULO III.

Del juicio civil extraordinario.

Dos especies de juicio civil y extraordinario.

1 Dos especies de juicios civiles hay, que son extraordinarios, esto es, que se substancian sin todas las formalidades de derecho, observándose solamente en ellos lo substancial y necesario en qualquiera juicio. El primero es el juicio meramente sumario; y el otro, que no solo es sumario, sino tambien executivo. Este último puede en algun modo en quanto á algunas causas considerarse parte, fin, ó conseqüencia del juicio ordinario y sumario en los términos, que se verá en su lugar:

por esto se tratará oportunamente de él despues de haber explicado lo que hay que decir del juicio sumario.

CAPITULO I.

Del juicio sumario.

Del juicio civil sumario, y en que se diferencia él del ordinario.

1 En nombre de juicio sumario entiendo el que se ha de despachar breve y sumariamente: esto es constante; pero no es tan claro el decir en pocas palabras y generalmente, en que consiste esta brevedad y sumario conocimiento, que forma la diferencia entre el juicio civil ordinario, de que hasta aquí he hablado, y el sumario. En el primero deben considerarse dos cosas de distinta naturaleza, conviene á saber algunas, que son necesarias, no solo por derecho positivo, sino tambien por el natural, para la constitucion del juicio, como la citacion, la contestacion, los términos para las probanzas, y otras cosas semejantes, y algunas que tienen mas de formalidad prescrita por el derecho positivo, que de necesidad absoluta del derecho natural, como el declarar la conclusion en causa, el señalar dia para la sentencia, y otras cosas de esta especie: todas estas se dexan en el juicio sumario, quando retardan el despacho de la causa, pues las formalidades que no retardan, aunque sean únicamente prescritas por derecho positivo, no deben omitirse. Y así el juramento de calumnia, quando se insta por la parte, el de decir verdad de lo que fuere uno preguntado, y otras cosas de esta misma naturaleza, aunque sean meramente de derecho positivo, no han de dexarse en el juicio sumario. Esta es la comun explicacion de los autores, sa-

sacándola de la *Clementina* 2. *de Verb. sign.*, en donde se trata de intento de esto.

En dicho sumario se abrevian los términos, y no tiene la apelacion efecto suspesivo.

2 De lo dicho se sigue, que en las causas sumarias se abrevian los términos de prueba, porque, aunque es necesario el término para presentar las probanzas, puede ser él mas ó menos largo; que no se hace publicacion de probanzas, si no se pide por alguna de las partes, ni se concluye en causa, *Cur. Fil. com. tert. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 43., Peguera *Pract. cap.* 21. *num.* 8.; que por lo comun las apelaciones no suelen tener en estas causas el efecto suspensivo, como puede verse en las que expresaré ahora ser causas sumarias, cotejándolas con lo que he dicho en el *art.* 3. y 4. de la *sec.* 3. que no admiten el efecto suspensivo.

En él se suele emplazar la parte, y quál sea el efecto de esto.

3 En algunos pleytos se suelen despachar los emplazamientos con causa ó cláusula justificativa, como dicen algunos, por exemplo en las de alquileres de casas, pensiones de censos redimibles, y otros semejantes, en que es conocida la cantidad que se debe, y la causa y título porque se debe, no pudiendo dexar de estar obligado el reo, si no tiene alguna excepcion de pago ó satisfaccion equivalente. El emplazamiento hecho en la indicada forma se reduce á mandar en él el juez al reo, que pague, ó que dentro del tiempo prescrito en el emplazamiento justifique por qué no debe pagar. Si dentro del tiempo prescrito se presenta el reo pretendiendo justificarse el mandamiento con cláusula justificativa se resuelve, ó queda trocado en simple citacion: si no se presenta queda en su fuerza el mandamiento, y es executivo, especialmente en causas, que no son de gran momento. Uno y otro se puede ver en la *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 3. *n.* 2., y en la *ley* 22. *tit.* 22. *part.* 3.

4 En general puede decirse, que son de conocimiento sumario todas las causas, en que por su naturaleza se ve, que no sufren dilacion, y que es necesario en las mismas tomar prontas providencias, y terminar el juicio. Pero esta definicion, ó explicacion general no satisface del todo; y puede ser útil la enumeracion de casos particulares, en que el conocimiento debe ser sumario.

Al juicio sumario corresponden las causas que no sufren dilacion.

5 Al favor debido á la religion debe atribuirse, que se graduen por causas sumarias todas las de elecciones y provisiones de beneficios y dignidades eclesiásticas, las de diezmos, matrimonios, usuras; injurias entre religiosos, y párrocos, heregía, y casi todas las de delitos pertenecientes al fuero de la iglesia. Así lo dice Piclér de *Iudic. n.* 27., y lo prueba con la *Clementina* 2., y la Extravagante *unica inter comunes de Iudiciis*, con el *cap. ult. de Haereticis in* 6., y la bula de Clemente VIII., que empieza *Litium dispendiis*, en la qual se dice, segun refiere dicho autor, que los jueces del territorio romano no atienden ninguna nulidad en los procesos, sino las que provengan de falta de citacion, jurisdiccion ó mandato.

las de beneficios, diezmos, matrimonios, las de casi todos los delitos de la iglesia.

6 Por el favor debido á la humanidad debemos contar tambien muchas causas privilegiadas con sumario conocimiento, en cuyo número deben tener el primer lugar las de naufragios por la *ley* 5. *Cod. de Naufrag.*, y las de alimentos por la *ley* 5. §. 8. *Dig. de Agnosc. et al. lib.*, *const.* 1. *y* 2. *de Causas sumarias*, Cancér de *Alimentis num.* 1. *y* 5., concordando en esto todos los autores. En el mismo número deben contarse las causas de personas miserables, especialmente las de viudas, pupilos y huérfanos, Piclér al *tit. de Iudic. n.* 27., *const.* 4. *de Jui verbal*, Tristany *decis.* 69. *num.* 10. En el mismo

las de naufragio, alimentos, las de personas miserables y extrangeros.

número se han de poner las de los extrangeros, *const.* 1. *de Caus. sum.* y las causas sobre dotes, *const.* 5. *ibid.*

las criminales, y las que tratan de cantidades módicas.

7 Por el favor debido en la observancia de las leyes, vigor de la disciplina, y expédita administracion de la justicia parece, que suelen tenerse por sumarias todas las causas criminales con apoyo en la *ley* 6. §. 9. *Dig. de Iniusto rupto*; las módicas, ó que versan sobre módica cantidad, *autentica Nisi breves Cod. de Sentent. ex peric. recit.*; las de posesion, *ley* 8. *Cod. Unde vi*, *const.* 1. *de Caus. sum.*, las de depósito *ibid.*, las de graduacion y cesion de bienes, *const.* 4. *ibid.*, las de artículos de prévio pronunciamiento, las de cauciones en causas executivas, *ley* 3. §. 1. *Dig. Vt. in posses legator.*, *const.* 3. *ibid.*, las de apelacion desierta, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 3. *num.* 7. Finalmente todas las causas executivas, *const.* 1. *ibid.*: esto se verá mas claro al hablar de dicho juicio.

las de posesion, depósito, cesion de bienes, graduacion de créditos, cauciones, y apelacion desierta.

8 A favor de la expedicion de negocios pueden tenerse por sumarias las de depósito, las de poner alguna cosa de manifiesto con la accion preparatoria *ad exhibendum*, *ley* 3. §. 9. *Dig. Ad exhib.*, todas las mercantiles, que han de despacharse breve y sumariamente *la verdad sábida y la buena fé guardada*, *ley* 1. *tit.* 13. *lib.* 3. *Rec.*, *const.* 2. *de Caus. mercant.*: lo mismo y en los mismos términos se previene en la *ord.* 16. §. 1. de las del restablecimiento de nuestro Consulado de 16 de marzo de 1758: de aquí es que en la gaceta de Madrid de 1 de junio de 1784, hablándose de una providencia, tomada con declaracion del privilegio de tanteo concedido con el *cap.* 16. de la cédula de 18 de noviembre de 1779, se dice en el *cap.* 4., que los Subdelegados de la Junta General de Comercio y

las de accion preparatoria, las mercantiles, las de contratos de navegacion, y de marineros.

demas justicias del reyno deben proceder á la observancia y cumplimiento de dicha disposicion sumariamente, sin dar lugar á pleytos, ni ocasionar fraudes, ni cautelas, conforme á la prevencion, que en esta parte hace la *ley* 46. *tit.* 18. *lib.* 6. *Rec.* De aquí es tambien, que se tienen por causas sumarias todas las pertenecientes á navegacion, *Curia Filip. lib.* 3. *Com. ter. cap.* 1. *num.* 40. y todas las causas sobre conciertos y pagas de marineros, debiendo estas executarse sin embargo de apelacion, *Cur. Fil. Com. ter. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 42., *capit.* 25. y siguientes *hasta el* 29. de la ordenanza de matrícula de 1 de enero de 1751.

9 Á favor del fisco tambien puede atribuirse el que sean sumarias todas las causas pertenecientes á rentas y tributos reales, *ley* 5. *tit.* 7. *lib.* 9. *Rec.*, *Cur. Filip. Juic. execut.* §. 4. *num.* 6., *lib.* 1. *Com. ter. cap.* 14. *num.* 79., *lib.* 3. *ibid. cap.* 9. *num.* 21.

10 No dudo, que habrá otras causas sumarias, aunque en lo dicho quedarán incluidas las mas principales: estas y la regla general ántes establecida pueden dar bastante luz en este asunto.

CAPÍTULO II.

Del juicio executivo.

SECCION I.

De las causas, en que tiene lugar el juicio executivo.

1 En los juicios executivos no solo cabe por su naturaleza lo que se ha dicho de los sumarios en órden á omitirse en ellos todo lo que no se consi- *En qué consiste el juicio executivo.*

dera absolutamente necesario en un juicio y puede retardar su éxîto, sino aun otra singularidad, que es la de comenzar por donde los otros acaban, esto es por la execucion. Si considerásemos el juicio executivo con relacion únicamente al caso de tratarse de sentencia pasada en cosa juzgada, y luego que esté dada la sentencia, ó inmediatamente que es permitido instar y obrar á la parte que logró decision favorable, pudiera ó debiera dicho juicio executivo reputarse por ordinario: la razon es, porque despues de haberse publicado la sentencia con audiencia de partes, precediendo citacion, contestacion, términos de prueba para justificar los hechos conducentes y las excepciones de los testigos, publicacion de sus dichos, conclusion en causa, señalamiento de dia para la sentencia, y publicacion de ésta con todas las formalidades, es muy regular y ordinario, que si con la sentencia se hubiese condenado á la parte vencida á dar una determinada cantidad de dinero, y no cumple ella con lo que se le manda, se decrete luego la execucion, trabándola en los bienes, subhastándolos y vendiéndolos ó adjudicándolos por la cantidad debida, y que esto se haga sin citacion, ni los trámites indicados, porque estos ya precediéron ántes de la sentencia, y se conoció ya de las excepciones, que tenia la parte vencida para defenderse.

2 Pero, como este mismo efecto, que se concede á la sentencia pasada en cosa juzgada despues de tantos actos y diligencias para la averiguacion de la verdad, se logra tambien al primer tiempo de obrar las partes, quando se han obligado con instrumentos guarentigios, con letras de cambio ó con otras obligaciones semejantes, de manera, que en estos casos han permitido y permiten las leyes,

que contra el sugeto obligado se proceda, empezando por la execucion, dexándose todos los trámites anteriores de un juicio ordinario; de aquí es, que considerado el juicio executivo con relacion á estos casos, y aun al mismo de haber pasado la sentencia en cosa juzgada, quando medió mucho tiempo sin usarse del derecho de execucion, se tiene y reputa el juicio por extraordinario: y en realidad lo es, porque, dexándose todo lo que he explicado ser propio del ordinario, se empieza desde luego por la execucion, trabándola y subhastando los bienes.

Distincion de los juicios executivos en quanto á persona y bienes.

3 Algunos de dichos juicios solamente son executivos en quanto á los bienes, otros en quanto á la persona y bienes: pues, como hay algunas personas, que por su clase no pueden ser presas por deudas civiles, ó no pueden contraer ninguna obligacion civil sujetándose á dicha pena, por lo que interesa la conservacion del fuero, que no tanto se entiende concedido á la persona particular, que goza de él, como á la clase en que se halla, la execucion en dicho caso se traba únicamente en los bienes, dexándose libre la persona, y procediéndose en quanto á lo demas del mismo modo, que sino hubiese semejante privilegio.

Personas que en ningun tiempo han podido ponerse presas en juicio executivo.

4 En la *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 17. se trata con bastante prolixidad de los que pueden ser ó no presos por dicho motivo. En el *lib.* 1. al hablar determinadamente de las personas ya he notado las que gozaban de este privilegio, como las mugeres y los nobles: lo mismo parece que se concede á los viejos, Amigánt *decis.* 93. *num.* 11. *y* 12. Con relacion á lo dicho se lee en la *ley* 19. *tit.* 21. *libro* 4. *Recopilacion*, que no debe ponerse preso al deudor, siendo tal, que conforme á las leyes de

estos reynos no pueda ser preso por deuda.

las que no tienen privilegio acostumbraban ponerse presas.

5 En algunos casos me parece, que aunque varios hechos, obligaciones ó instrumentos se dicen traer pronta y aparejada execucion, no ha de entenderse esta siempre en persona y bienes, sino se halla esta circunstancia expresa en la misma ley, ó no es conseqüente á la naturaleza de la obligacion por lo que diré despues. Se vé claro lo dicho en la sentencia pasada en cosa juzgada, y en la confesion, de que hablaré luego: así en la una como en la otra parece muy debida la execucion en los bienes sin necesidad, ni derecho para llegar á la persona: y en esta parte hallo, que no hacen muchos autores bastante distincion, y que confunden no poco la inteligencia de esta materia. Por lo demas, la execucion ó el privilegio, que dan regularmente estos juicios executivos, es de poner preso al deudor, como consta de la misma *ley* 19., del *Juic. execut.* §. 14. *num.* 6. *Cur. Fil.* y de todos los autores, que tratan de esta materia, y de la práctica de todos los dias.

Desde 1786 se ha quitado el efecto de la prision.

6 Con todo ahora tenemos novedad sobre este punto. Con real cédula de 27 de mayo de 1786 se mandó, que á todos los que profesan artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles y causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos: solo se exceptuan las deudas del fisco, y las que provengan de delito ó quasi delito, en que se haya mezclado fraude, ocultacion, falsedad ú otro exceso, de que pueda resultar pena corporal.

Dudas que de resultas se han suscitado.

7 Con motivo de esta cédula quedan algunas dudas, que parece necesitarán de declaracion real: porque, aunque generalmente es cierto, que en fuerza de ella no puede ponerse preso á nadie por

obligaciones executivas, de que tratamos, con todo en algunos queda dificultad, como en Cataluña respecto de los que estan obligados con instrumento de cláusula guarentigia, que no es comun como en otras partes á todo instrumento: dicha cláusula se reputaba deuda fiscal en esta provincia, y con ella se obligaba la parte al fisco, como se verá en su lugar. De aquí es, que, quedando salvo el efecto de la prision en las deudas fiscales, entra la duda, de si debe conservarse el mismo en las deudas guarentigias.

8 Por otra parte en la cesion de bienes parece, que no hay mas, que deuda civil, pero casi siempre complicada con delitos, quando no es manifiesto el contratiempo, que ha motivado la quiebra. La obligacion civil con sospechas de fuga está por lo comun acompañada con delito: y la misma fuga la manifiesta: por esto se daba ántes en Cataluña lo que se llamaba seguridad de juicio, de que se hablará luego; y tanto en este caso, como en el de la cesion de bienes parece, que no ha de obstar la cédula á la prision del deudor, ó que puede sobre esto suscitarse duda fundada. La letra de cambio generalmente en todos los estados causa la execucion en persona y bienes, y se considera este efecto muy útil al comercio, naciendo de estas dos circunstancias otro motivo de duda, sobre si deroga tambien esto la cédula.

9 Nuestro Consulado de Comercio de Barcelona parece que sigue en la práctica antigua de la execucion en persona y bienes en los quatro casos indicados, habiendo representado á la superioridad: en los otros tribunales creo, que se ha obrado con variedad de opiniones.

10 Por lo demas debe sentarse en general la *Los juicios*

executivos en el dia solo lo son en quanto á los bienes.

regla referida, esto es que despues de dicha cédula todos los juicios executivos por deuda meramente civil solo deben serlo en quanto á los bienes.

Son juicios executivos los de deudas de artesanos, jornaleros, alimentarios, y de alquileres de casas.

11 Á favor de la humanidad deben contarse que se han hecho juicios executivos todos los que versan sobre deudas de artesanos, menestrales, jornaleros y acreedores alimentarios de comida, posada y otros semejantes, como tambien los de deudas de alquileres, en cuyo conocimiento se manda proceder con actividad, y sin suspender los procedimientos como en juicios executivos. Así está nuevamente mandado en el *cap.* 1. *y* 3. de la real cédula de 16 de septiempre de 1784. En la *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 9. *num.* 4. *y* 5. se dice, que la muger y el marido tienen en quanto á la dote aparejada execucion. Esta no está en uso en Cataluña.

12 Otros juicios hay privilegiados, y en la clase de executivos, para favorecer la observancia de las leyes y la expedita administracion de justicia.

Las cédulas y provisiones reales traen pronta y aparejada execucion.

13 En la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 2. *num.* 1. se dice, que los rescriptos, cédulas y provisiones del príncipe, que no reconoce superior, traen por lo comun aparejada execucion, citándose la *ley* 1. *Dig. de Const. princ.*, naturalmente por lo que allí se dice *quod principi placuit legis habet vigorem*, y por las *leyes* 29. 30. 31. *y* 32. *tit.* 18. *part.* 3.: se ponen en el mismo párrafo varias modificaciones, como de si es el rescripto en perjuicio de tercero, contra derecho, subrepticio ó obrepticio, ó si adolece de otro vicio semejante, que resultan de dichas leyes.

lo mismo la sentencia pasada en cosa juzgada.

14 En la misma clase de juicios executivos deben contarse las sentencias pasadas en cosa juzgada, *ley* 6. *tit.* 17. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 3. *num.* 1. 5. *y* 6.: y esto lo hace evidente todo

quanto he dicho del juicio ordinario, siendo la execucion el fin, á que todo se dirige.

15 Por lo mismo parece lo que ántes dixe, que la execucion, que se da en fuerza de sentencia pasada en cosa juzgada, ha de ser limitada á los bienes: pues de estos solos se trata en juicio civil: la execucion en la persona se ha reconocido siempre propia de determinadas obligaciones, á que con dificultad se ha dado tanta eficacia, como verémos luego; y la via executiva solo parece, que consiste en empezarse por lo último del juicio ordinario, en el qual por su curso regular, tratándose meramente de deuda civil, no parece que se haya de llegar á la persona. Así se ha practicado siempre en Cataluña: en quanto á otras partes no estoy bien informado; y en deudas resultantes de confesion y vale reconocido, que obran en conseqüencia de lo establecido en quanto á sentencias, hallo que bien ó mal fundado en las leyes reales, en lo que no es preciso entrar ahora, se hacia la execucion en la persona: ni es útil la averiguacion de este punto, porque con la cédula de 1786 es evidente, que en ninguna parte se puede ahora hacer.

La sentencia pasada en cosa juzgada y el vale reconocido no causaban prision en Cataluña aun ántes de 1786.

16 Á las sentencias de los árbitros ya se ha dicho en el *cap.* 11. *sec.* 1. que se daba la misma fuerza, que á las sentencias de los magistrados: y en la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* se les da pronta y aparejada execucion.

La sentencia de árbitros trae pronta execucion.

17 En el mismo número, que la sentencia, debe contarse la confesion judicial, *ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 5. *num.* 1. *hasta el* 4. *y* §. 6.: me remito á lo dicho *cap.* 10. *sec.* 2. sobre la plena prueba, que resulta de la confesion, en la qual se funda el derecho de execucion. Esta tambien por todo lo que se dice en la citada *sec-*

lo mismo la confesion judicial.

cion en órden á que equivale á la sentencia, y lo que se ha advertido en quanto á ésta, debiera ser limitada á los bienes: y así se estilaba en esta provincia: y en todas partes obliga ahora á lo mismo la nueva providencia de 1786.

lo mismo el vale reconocido en Castilla.

18 De lo sentado en quanto á la confesion dicen, que proviene, el que un vale ó papel reconocido tenga execucion, como la tiene en Castilla, *ley* 5. *y* 6. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, *Cur. Fil. Juic. civ.* §. 6. En Cataluña se distingue entre deuda y vale reconocido: en la primera, por lo dicho de la confesion de la parte, se da execucion: pero en el segundo, por las varias excepciones de compensacion, empleo del dinero, ó de qualquier otra cosa en fuerza de mandato, compañía y otros contratos, que segun la naturaleza de la cosa pueden haberse proporcionado mediante el tiempo intermedio entre la firma del papel y la instancia del acreedor, no se ha dado nunca á papel reconocido la indicada fuerza, sino la acompaña el reconocimiento de la deuda: y Paz en su *Prax. tom.* 1. *parte* 4. *cap.* 1. *num.* 21. reconoce, que es contra derecho comun esta grande eficacia, que se da á la escritura privada y reconocida por la parte. Tal vez podia haberse interpretado, que los *conocimientos reconocidos* por las partes, que son los términos, en que habla la *ley* 5. con relacion á este punto, en la qual solamente puede hallarse apoyo para lo dicho segun Paz, se habian de entender los que tuviesen implícita la confesion de la deuda en el reconocimiento de la firma: pues, segun se explica Paz, la razon de la ley debe fundarse en la confesion de la deuda, que ciertamente no hace el que reconoce una firma suya de tiempo anterior, y dice, que por lo que ha ocurrido despues del

tiempo, en que la hizo, no ha de pagar, ofreciéndose á probarlo: pero indistintamente á todo papel ó conocimiento reconocido se ha dado y se da en Castilla la indicada fuerza de la execucion.

19 La execucion en conseqüencia de vale ó conocimiento reconocido tampoco parece, que debiese llegar á la persona por lo que he dicho de la sentencia y confesion: pero de todos los autores, que tratan de esta materia, se colige, ó vé claramente, que en realidad tambien se hacia execucion en la persona. La *ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, en que se funda esta via executiva, solo dice, que el juez mande executar los conocimientos reconocidos y las confesiones: pero no expresa, que se haga execucion en la persona: la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, que prescribe la forma, que se ha de guardar en hacer las execuciones por contratos públicos y otras escrituras, que traen aparejada execucion, expresando que ántes habia sobre esto diferentes estilos, bien dice, que siempre que al juez le pareciere, que la escritura ó recaudo, por que se pide la execucion, debe ser executada, dé su mandamiento de execucion, mandando que se haga en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento, y que en defecto de dicha fianza sea preso el deudor. De esta ley sin duda habrán dimanado tantas execuciones en la persona, como se ha visto con lo que he dicho del derecho de Castilla, y verémos aun mas: pero así como la generalidad, con que trata de dar pronta execucion la *ley* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* á los instrumentos, se limitó ó declaró limitada con la *ley* 5. á los que tienen cláusula guarentigia, como se verá luego, parece que no hubiera sido violento el entender de este mismo modo la referida *ley* 19.: con

todo, segun consta de la práctica, se entendió con todo rigor y ampliacion: la cédula de 27 de mayo de 1786 derogó todas estas leyes en quanto á la execucion en la persona, ó la mala inteligencia, con que en esta parte se habian entendido, si es que pudiesen ó debiesen interpretarse del modo referido.

lo mismo el juramento decisorio.

20 En el número de las cosas, que para el fin de que tratamos, traen aparejada execucion, se cuenta el juramento decisorio, dado en juicio por haberse comprometido en él una de las partes, *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 5. *n.* 4., Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 1. *num.* 52. Esto puede fundarse tambien en lo que se ha dicho de sentencia y confesion, viniendo en algun modo á confesar la deuda, el que se allana á pagar mediante el juramento del colitigante.

lo mismo las letras de cambio.

21 Para favorecer el giro y la expedicion de negocios está tambien generalmente recibido en todas partes, que las letras de cambio tengan pronta y rígida execucion en persona y bienes contra el que las libró no siendo aceptadas, ó contra el que aceptó no pagando en el dia debido.

lo mismo las obligaciones con cláusula guarentigia.

22 En el mismo número debe ponerse qualquier instrumento público ó privado con cláusula guarentigia, Cancér *de Appellat. n.* 34. *hasta el* 37. *de Instrum. guarentigio num.* 5. Ha parecido conveniente á los legisladores, que en alguna especie de obligaciones, porque atrasaria mucho el giro del comercio el haber de seguir á paso lento todo el curso de un juicio ordinario, ó porque es indigno el abusar de la confianza y fe, que debe sobreabundar en algunos negocios, ó por otros semejantes respectos, se decrete luego la execucion con solo constar de la misma obligacion mediante algun instrumento.

23 Algunos dudan, que pudiesen las partes privarse de la libertad, que les dan las leyes, invertir el órden regular de los juicios, y sujetarse á la execucion personal por el axîoma tan autorizado entre los juristas, de que nadie es dueño de sus miembros: de esto se sigue, que no puede tampoco un ciudadano libre obligarse á padecer la afliccion en su cuerpo encerrado dentro de una cárcel: ni parece esto á algunos conveniente á la nobleza de la libertad civil de los hombres, mayormente segun la idea, que formáron de ella los romanos, en cuya jurisprudencia, léjos de admitirse el que se obligase alguno á sufrir la pena de cárcel por deuda civil, parecia desdecir de la libertad del hombre el obligarse precisamente á un hecho, como de ir á Roma, de cavar en el campo: y en estos casos de haber contraido semejantes obligaciones se daba segun la *ley* 13. §. *ult. Dig. de Re jud.*, la 72. *Dig. de Verb. oblig.* y otras muchas la alternativa, ó de poner en execucion lo que habia prometido el contrayente, ó de pagar el que llamaban *quanti interest*, aunque en esto Heineccio es de parecer contrario en las notas al §. 7. *Inst. de Verb. oblig.*: mas no dexan de ser muy sólidos los fundamentos de la opinion opuesta de Vinio, como puede verse en dicho lugar.

Dificultades, que se han reconocido siempre en contraerse obligacion civil con sujecion á cárcel.

24 Pero, aunque los particulares no puedan por sí mismos, ó de su propia autoridad dar la fuerza de la indicada execucion á sus obligaciones, no hay duda, que pueden hacerlo con el auxîlio de la legislacion, como se ha hecho con las escrituras, que se llaman guarentigias, ó que tienen cláusula guarentigia. Es tan obscuro el orígen de la voz *guarentigia* ó *guarenticia* de la media edad, como conocida su fuerza ó significacion, diciéndose cor-

La habia autorizado la legislacion.

rientemente, que el instrumento guarentigio, ó con cláusula guarentigia, trae aparejada execucion, de manera que en fuerza de él sin citacion, ni contestacion se manda por el juez la exâccion, empezando por la execucion real ó personal, ó por una y otra, Cancér *de Instrum. guarentigio num.* 1. *hasta el* 9.

Rodeo con que se habia proporcionado en Cataluña con la escritura de ters.

25. Segun nuestro derecho de Cataluña por la *const.* 7. y siguientes *de Accions y obligacions* del *volum.* 2. no tiene duda, que los instrumentos, que llamamos *escriptura de ters*, con los quales se obliga el contrayente *sub poena tertii*, como dicen, permitiendo que se escriba su nombre ú obligacion en el libro, que llaman de *tersos*, del oficio del juzgado ordinario, traen pronta y aparejada execucion, de modo que en fuerza de dicho instrumento puede el que se obligó con él ser apremiado con la pena de cárcel hasta que satisfaga al acreedor, sin evitarse esta pena con la cesion de bienes. No sé de donde se origina esto, pero he oido á persona inteligente, y me parece tambien muy verisímil, que provendrá de lo que deciamos ántes, que nadie puede por deuda civil obligarse á pena de cárcel. Supuesto este principio el tercero, á quien se obliga el particular, es el fisco; y con la continuacion de la obligacion en dicho libro puede ella como deuda ó obligacion fiscal sujetar al que la contraxo á la pena de cárcel, habiendo sido este rodeo un medio, con que con los mismos principios del derecho romano se introduxese una nueva obligacion con una fuerza, que nunca tuviéron los contratos por las leyes romanas.

Cómo y qué uso se hace de dicha escritura.

26. Sea esto de donde fuere está autorizado en Cataluña este instrumento, ó escritura de *ters*, con toda la fuerza referida: y de este modo se forman las escrituras guarentigias. Quando quiere obrar el

acreedor lleva el instrumento á la que sè llama *Curia dels tersos*: y entónces por el escribano respectivo en fuerza del mandato y poder general, que da eñ la misma escritura el contrayente, se escribe el nombre del deudor en dicho libro llamado *dels tersos*, y se da certificacion de quedar allí puesta la obligacion: mediante dicha certificacion é instrumento debe el juez mandar la execucion en la persona y bienes. La solicitud de llevarse dicho instrumento á la curia, en la qual suele detenerse diez dias, aunque para esto no parece que haya tiempo prefixado, se llama *purgar la escritura de ters*: y en el mismo tiempo de escribir esto se me ofrece, que tal vez nacerá esta expresion de purgarse entónces la mora, haciéndose lo que debia haberse practicado ántes: pues hasta que esté continuado el instrumento en dicho libro no se puede decir propiamente *escriptura de ters*, ni obligada la parte al fisco, ni puede por consiguiente ser guarentigia la escritura con la fuerza, de que se trata. En las *Adiciones* de Ripoll á la *Práctica de Peguera rúbrica* 16. se dice, que el instrumento guarentigio, otorgado en Barcelona ó en su partido, no necesita del espacio de diez dias para purgarse, sino que luego se puede continuar en el libro de *tersos* la obligacion y obrar por la via executiva.

La escritura guarentigia no obliga al heredero del contrayente.

27 En las demas provincias basta para el mismo efecto, el que los contrayentes consientan, y se obliguen con cláusula guarentigia: y en las leyes poco ha citadas de la Recopilacion está bien clara y literalmente autorizada la fuerza explicada de dicha cláusula, ó del instrumento guarentigio, hablándose de las escrituras, que traen aparejada execucion.

28 La eficacia de este instrumento pasa al heredero del acreedor, como corresponde, Cancér *de Instrum. guarent. n.* 92. *hasta el* 94., y al cesionario, *idem de Appellat. num.* 40. *hasta el* 43.: pero no tiene lugar contra el heredero del deudor, Cancér *de Instr. guarent. n.* 81. *hasta el* 92.: nadie puede obligar la persona de los otros, ni dar en quanto á terceras personas tanta eficacia de execucion, como la que resulta de dicho instrumento.

El instrumento de puro depósito es guarentigio en Cataluña.

29 El instrumento de puro depósito ó encargo, el qual se entiende serlo en Cataluña, quando no hay dia prefixado para devolver el dinero ó la alhaja, ni juramento ni fianza, es tambien instrumento guarentigio con pronta y rígida execucion, real y personal en esta provincia, sin que sea menester, que conste de la entrega de la cosa: basta que el obligado confiese haberla recibido, *const.* 2. *y* 3. *de Accions y obligacions seg. volum.*, Cancér *de Instrum. guarent. num.* 139. *hasta el* 143., *idem de Deposito et comanda num.* 34. *hasta el* 48. La fuerza, que se da á este instrumento, será sin duda, por lo que debe abundar la buena fe en negocios de depósitos, segun lo que ya se dixo al hablar de los infames, *lib.* 1. *titulo* 8. *número* 4., y por ser inhumanidad, que los depositarios y encomenderos abusen de la confianza, con que los otros movidos por amistad, ó por otras causas de satisfaccion, dexan las cosas en su poder: por esta razon creeré, que el instrumento de depósito sea tambien en otras partes executivo.

Las libranzas contra cobradores de hacienda real traen pronta execucion.

30 De lo que se ha dicho en quanto á depósito provendrá lo que se lee en la *ley* 14. *tit.* 7. *lib.* 9. *Rec.*, que las libranzas, hechas contra los recaudadores y cobradores de hacienda real, tienen pronta y rígida execucion.

31 El instrumento del censo redimible trae aparejada execucion en Cataluña por algunas *constituciones de Execució de censals* de Alfonso IIII. en las cortes de 1432.: sobre esto puede verse Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 6. *glos.* 1. *part.* 4. *desde el num.* 8.: pero el que opone excepcion de falsedad, fuerza, miedo, nulidad, prescripcion y compensacion, depositando una pension, puede evitar la execucion, *const.* 5. *de Execució de censals*: con todo esta constitucion no tiene lugar, quando el censo ó violario, que así se llama en nuestras constituciones la renta vitalicia, está hecho con escritura guarentigia, Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 4. *glossa* 18. *part.* 4. *num.* 14. *hasta el* 17. Quando no hay escritura de *ters* el modo de proceder executivo en censales consiste en mandar con cláusula justificativa el juez la paga de lo que insta el legítimo acreedor, Fontanella *claus.* 6. *glos.* 1. *part.* 4. *num.* 9.

El instrumento de censo trae pronta execucion en Cataluña, y cómo.

32 Por derecho de Castilla, segun se puede ver en la *Cur. Fil. Juic. execut.* §. 7. *num.* 1. y en Paz *Praxis tomo* 1. *part.* 4. *cap.* 1. *num.* 6 *hasta el* 16., algunos autores son de opinion, que qualquier instrumento público, otorgado ante escribano de número, ó no habiendo número determinado en la poblacion ante qualquier otro, trae pronta y rígida execucion en persona y bienes, aunque no haya en él obligacion ó cláusula guarentigia. Se fundan en la *ley* 1. *y* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*: en la última de estas se manda entre otras cosas hacer la execucion, siempre que las partes mostraren cartas y contratos públicos: pero los otros, cuya opinion parece haber prevalecido en la práctica, segun dice Paz, y es ciertamente la mas fundada, replican, que en la *ley* 5. del mismo título se dice expresa-

En Castilla casi todos y cómo.

mente, que *la ley* 2. citada ántes habla de la execucion de contratos guarentigios, y que por consiguiente solos los instrumentos, hechos con cláusula y obligacion guarentigia, tienen dicha execucion: no obstante del mismo lugar de Paz consta, que por estilo en Castilla se suele poner dicha cláusula en todos los instrumentos públicos, como he dicho ántes: quando no se pone juzga él, que no hay pronta execucion: y es esto muy conforme á derecho.

En Cataluña no se pone regularmente la cláusula guarentigia en los instrumentos.

33 En Cataluña no se pone por estilo la cláusula guarentigia sino en los instrumentos, en que particularmente lo quieren las partes, y se procede en esto con mucho cuidado.

La sospecha de fuga causa execucion, en qué caso y cómo en Castilla.

34 Otro caso de pronta y rígida execucion en la persona de un deudor es quando el obligado á dar cuenta de alguna cosa es sospechoso de fuga: en este caso puede ser detenido empezándose de este modo el juicio, *Cur. Fil. lib.* 2. *Comer. terr. capit.* 9. *num.* 22. En el *cap.* 11. *ibid. num.* 23. *hasta el* 30. se dice tambien, que el sospechoso de quiebra ó de fuga puede ser preso. En el *Juic. execut.* §. 13. *num.* 8. tambien se dice, que ántes de vencido el plazo, si es sospechoso de fuga el deudor, puede precisarle, á que dé seguridad de la paga. Y del tomo 1. del Sr. Elizondo *pag.* 62. parece, que en estos casos se presenta pedimento, en que se expone al juez, que el deudor está para ausentarse pidiendo á efecto, de que no quede frustrado el juicio, que se admita informacion al tenor del pedimento, y dada la bastante se mande á la parte, contra quien se insta, afianzar de arraygo hasta en la cantidad del valor del pleyto poniéndole en su defecto preso. Justificando el acreedor en conseqüencia del decreto, que para ello da el juez, la

deuda por instrumento, ó reconocimiento del deudor, ó por informacion de testigos, se le manda al deudor afianzar de arraygo hasta en la cantidad del valor del pleyto, y no dando la fianza se le pone preso. Este es el modo de proceder en Castilla en conformidad á la *ley* 3. *tit.* 16. *libro* 5. *Recopilacion.*

En qué caso y cómo en Cataluña.

35 Trata largamente de esta materia Fontanella en la *decis.* 230. y siguientes con relacion á la práctica de esta provincia, en la qual el decretar, que la parte afiance en el modo dicho se llama proveer la *seguridad de juicio.* Dice en la *decis.* 230. *num.* 9. y siguientes, que el poner preso al deudor por sospecha de fuga se practica poco en Cataluña fuera del Consulado de comercio en causas mercantiles, pero que en quanto á estas, y á dicho tribunal es inconcusa la observancia por muchos siglos, y reducida á dos especies ó casos: la una, quando al actor y al reo careados delante del magistrado se les precisa á dar caucion por lo que respectivamente se piden ó reconvienen, de modo, que no dándola se les pone presos en conformidad al *capit.* 30. del libro del Consulado: la otra, quando siendo en realidad sospechoso de fuga el deudor por un privilegio del Rey D. Alonso de 25 de mayo de 1432, y por la *const.* 1. *de Causas mercantils*, prestados los juramentos que diré luego por la parte que insta, se provee por la jurisdicion consular el decreto de prision: en fuerza de éste se lleva preso el reo á los cónsules, y de allí, sino da caucion de estar á derecho y juzgado, á la cárcel: en la misma *dec.* 230. se previene, que no puede directamente llevarse el deudor á la cárcel; y que por este solo defecto se declaró nula una prision en su tiempo. Esto es lo que corrientemente llaman en

Cataluña *seguritat de judici* y en la *constitucion* citada *seguredad de jui.*

36 En la *decis.* 232. se dice, que por derecho comun se necesita para la prision en el caso, de que se trata, que haya despues de contraida la deuda sobrevenido algun motivo nuevo en quanto á la sospecha de fuga, porque hallándose el deudor en el mismo estado, en que se hallaba al tiempo de contraer, no puede quejarse sino de sí mismo el acreedor imputándose las conseqüencias: pero en el Consulado de Cataluña no se exîge dicha circunstancia, aunque el referido autor aconseja á los actores, que aleguen algo de nuevo.

Quatro juramentos que se prestan para ello en Cataluña.

37 Se provee en esta provincia dicha seguridad de juicio mediante quatro juramentos, hechos por la parte que insta. Estos juramentos son de que la deuda es verdadera y no fingida; que es mercantil; que no se pide la seguridad del juicio por calumnia ó malicia, y que el deudor no es seguro, y que no le tiene por tal el acreedor, ántes teme perder la deuda. Con estos quatro juramentos, sin necesitarse de nada mas, se suele proveer en el modo referido. Así consta de Fontanella en la *decis.* 230. *num.* 9. y en la *decis.* 233. *num.* 19.

En qué se funda dicho modo de proceder.

38 Se funda el modo executivo de proceder en dicho caso tanto en Castilla como en Cataluña y en otras partes en el ódio, irregularidades, ó exôrbitancias de derecho, que se admiten en varias cosas contra los sospechosos de fuga, como se puede ver en Fontanella *decis.* 233. *num.* 4. 5. *y* 6., pudiendo en este caso reducirse á delito presunto lo que obliga á proceder contra la persona.

Si se puede hacer uso de él con los que

39 En dicha *decis.* 233. del mismo autor se trata, de si se puede proveer seguridad de juicio en los términos dichos contra los que llevan víve-

res á Barcelona por los privilegios, el uno de 8 de las calendas de junio de 1337, y el otro de 6 de marzo de 1375 en las *constituc.* 1. *y* 2. *de Guiatges* del *seg. vol.*, con los quales se mandó, que los que llevan víveres ó géneros á la Ciudad de Barcelona no puedan ser detenidos, molestados, ni sacárseles prendas. Parece que queda Fontanella indeciso, trayendo una declaracion, en que la Real Audiencia decidió, que no podia haberse mandado una seguridad de juicio en dichas circunstancias: pero á él parece que no le quadra.

llevan previsiones en Barcelona.

40 En las *decisiones* 236. 237. *y* 238. trata, de si basta para evitar la cárcel, ó para soltar despues que se prendió al deudor sospechoso de fuga la caucion juratoria de estar á derecho y juzgado, quando no se puede dar fianza. Está esto allí algo enredado, ó poco claro lo que dice: pero del *numer.* 15. de la *decis.* 237. y de Cancér allí citado *Part.* 2. *cap.* 10. *num.* 19. parece, que no basta en dicho caso, aunque por lo regular en los demas, ó quando se trata de caucion de estar á derecho y juzgado suele servir la juratoria.

La caucion juratoria no basta para dexar en libertad al sospechoso de fuga.

41 Pueden verse las *decisiones* 230. *hasta la* 239. sobre si el derecho de execucion se prescribe, en quanto tiempo, si pasa al heredero, si obra contra el sucesor del obligado, si contra menores, y los que se han constituido en órdenes sagradas despues de contraida la obligacion, quando se entiende haber hecho renuncia de él, y sobre otras cosas de semejante naturaleza: trátase allí de estas qüestiones, en órden á las quales puede verse tambien Paz en su *Prax. tom.* 1. *part.* 4., la *Curia Filípica* en el *Juicio executivo*, Cancér *de Instrum. guarent.* y otros: yo debo omitir todo esto como propio de derecho privado y de larga discusion.

Varias qüestiones subalternas y relativas al derecho de execucion.

Miramiento con que debe procederse en juicio executivo.

42 Lo que á mí corresponde es seguir el órden del juicio, advirtiendo primero con Covarrubias *Var. resol. lib.* 2. *cap.* 11., que la deuda ha de ser del todo líquida, para obrar por la via executiva, y que todo quanto he dicho de la naturaleza de este juicio, empezando por donde el otro acaba, de la qualidad de las acciones civiles, que no tienen ninguna mira, ni relacion con la libertad de la persona que se obliga, y de los trámites regulares de un juicio, prueba el miramiento, circunspeccion y tino particular, con que ha de proceder el juez en causas executivas.

Resúmen de las causas en que él tiene lugar.

43 Tambien debo advertir, que de lo dicho en esta seccion ha de concluirse en general, que estos juicios executivos solo tienen lugar quando la parte, contra quien se instan, se ha obligado con instrumento guarentigio, ó con obligacion, á que las leyes por algun particular motivo han querido dar la pronta y aparejada execucion, y que, aunque esta regularmente no ha sido solo en bienes sino tambien en persona, no ha dexado de haber siempre alguna excepcion de dicha regla, que en el dia queda casi en todo derogada.

SECCION II.

Del modo, con que se ha de proceder en el juicio executivo.

No se necesita de citacion para empezar el juicio executivo.

1 En quanto á la citacion, que es el primer acto de todo juicio regular, se ofrece ya en este extraordinario la irregularidad de no tenerse por necesario. El Sr. Elizondo *Pract. univ. tom.* 3. *pag.* 24. dice, que el mandamiento de execucion se decreta siempre sin citacion del deudor. Lo mismo Paz

Prax. tom. 1. *part.* 4. *cap.* 2. *num.* 24. En la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 14. *num.* 7. se dice, que para hacerse el mandamiento executivo y la execucion y dar los pregones no es necesario preceder citacion del deudor, sino la del remate, de que se ha hablado en el *tit.* 2. *cap.* 11. *sec.* 2.: y en realidad en la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* se dice, que el mandamiento de execucion debe darse sin citar la parte.

2 Echarse los executores de justicia sobre el deudor, ignorando quizá él la solicitud de que el acreedor quiera cobrar, parece ciertamente cosa dura: y, aunque en la demanda se suele decir por el acreedor, que ha practicado quantas diligencias le han sido posibles para cobrar la cantidad, que se le debe, y que no lo ha podido conseguir, segun traen algunos formularios, parece que esto no basta: además no suele constar al juez, que se hayan hecho las indicadas diligencias. Por esto no dexa de parecer fundado y correspondiente lo que dicen algunos, que ántes de proceder el juez executor por apremios, debe prevenir al reo su obligacion, asignándole término competente para su cumplimiento. Así se dice en las Adiciones á la *Práctica* de Salazar *pag.* 1. citándose á Olea *de Cession. iur. tom.* 5. *quaest.* 8. *num.* 2. *y* 4., á Parlador *lib.* 2. *Rer. quot. quint. part. cap. fin.* §. 2. *n.* 4., á Carlaval *de Iudic. tit.* 3. *quaest.* 1. *n.* 4. *y* 5. á Gregorio Lopez á la *ley* 5. *tit.* 27. *part.* 5. *glosa Débelo apremiar.* Por lo ménos en quanto á personas de alguna condecoracion y carácter acostumbra generalmente mandar el juez, que se haga saber al deudor, que pague dentro de tercero dia con apercibimiento de execucion. *Modificacion con que se suele suplir la falta de citacion.*

3 En Cataluña sólo quando se trata de instru- *Del derecho*

de Cataluña en quanto á lo dicho.

mento con cláusula guarentigia, que es la *escritura de ters*, se procede sin citacion: y aun en este caso es necesario, quando el deudor es ciudadano de Barcelona, que el acreedor haga un requerimiento formal al deudor, para que pague, y que justifique esta diligencia al magistrado, que ha de dar el mandamiento de execucion, como se ha dicho en la *sec.* 1.: en letra de cambio, seguridad de juicio, y en la cesion de bienes de los que hacen bancarrota es igualmente privilegiado el modo de proceder: en otras obligaciones se despacha mandamiento con cláusula justificativa, esto es se manda al deudor, que pague dentro de diez dias, ó que comparezca á dar las causas, porque no debe pagar: no compareciendo se pasa desde luego adelante en la execucion: si comparece, oponiendo excepciones de las que tienen lugar aun en juicio executivo, se le oye; y el mandamiento se resuelve en citacion, como se ha dicho en el *cap.* 2. Esto ya parece conforme con lo dicho de Salazar y Olea y de la *Cur. Filip.* al hablar de si debe citarse la parte en la execucion regular de las sentencias en el *tit.* 2. *capit.* 11. *sec.* 2.

En qué consiste la demanda en el juicio executivo.

4 La demanda en el juicio executivo se reduce á pedir el mandamiento contra el deudor, para que pague los maravedis, que solicita el acreedor, haciéndose por ellos y por las costas execucion en la persona y bienes de él. Por la *ley* 9. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* es preciso jurar, que los maravedís ó quantía, que pide el acreedor, le es debida y no pagada. En el tiempo de pedir la execucion, se suele protestar, de recibir en cuenta justas y legítimas pagas, como consta de las *Adiciones á* Salazar *pag.* 5. y de Paz *Práx. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 2. *num.* 19.: Cancér *de Instrum. guarentig. núm.* 124. *hasta el* 127. advierte,

que la parte en el juicio executivo ha de ser cauta en no pedir al juez que declare, que el reo está obligado á pagarle, y que solo debe pedir el mandamiento de execucion: de otro modo dice, que pareceria querer seguir el actor el juicio ordinario, y que el que elige éste se entiende renunciar al executivo.

De lo que se ha de verificar para mandar la execucion.

5 Constando plenamente al juez ser la deuda executiva, en lo que ha de procederse con mucho miramiento, como se ha dicho y previene Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 2. *num.* 22., exâminando con escrupulosa exâctitud todo quanto hay, que reflexîonar en esta materia sobre la persona, que se presenta en juicio, sus poderes, documentos, naturaleza de deudas, y plazos de ellas para el pago, debe mandarse la execucion y executarse en el modo, que se ha dicho en *tit.* 2. *cap.* 11. *sec.* 2.

Cómo se procede quando se ha de reconocer alguna firma.

6 Si para poderse obrar de modo executivo se ha de practicar ántes alguna diligencia debe ésta evacuarse: y ya lo previene el juez en el mismo auto de execucion, y su mandamiento: y en el referido caso, precediendo la formalidad del juramento conforme á la *ley* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, y baxo sus penas, declara el deudor ante el escribano, si la firma es suya propia y hecha de su puño, y si es deudor á la parte instante en la cantidad, que incluye. Resistiéndose el deudor á la declaracion se suelen poner guardas de apremio, esto es alguaciles, que estan en la casa del deudor por via de apremio, Salazar *Juic. execut. pag.* 5. *hasta la* 9. Reconocido el vale se ha de traer al juez, y con su vista se ha de seguir luego en la execucion, *ley* 6. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil.*

7 No reconociendo la parte su conocimiento ó firma se recibe informacion, ofrecida ya por el ac-

tor en su pedimento, y resultando de ella la certeza de la firma y deuda se procede á la execucion.

Modo con que se ha de proceder á la execucion.

8 En quanto á los procedimientos de la execucion, cosas en que puede ella trabarse, pregones, modo y forma de subhastar hasta el tiempo de oponer excepciones, no hallo que prevenir aquí refiriéndome á lo dicho en el *tit.* 2. *cap.* 11. *sec.* 2., por que lo extraordinario de este juicio solo consiste en empezar por lo último del otro. En la *part.* 4. de Paz, en el *Juicio executivo* de la *Curia Filípica*, en Salazar, Colon, y otros muchos autores puede encontrarse facilmente lo que aquí se eche ménos.

9 Por lo que toca al modo de proceder en Cataluña no tengo mas que referirme tambien á lo dicho al hablar de la citacion *n.* 3., y que la execucion se hace en el modo dicho *tit.* 2. *cap.* 11. *sec.* 2.

El acreedor debe mantener al deudor en caso de tenerle preso.

10 En nuestra *const.* 4. 7. *y* 8. *de Pobres pledejants* está prevenido, que al preso por deuda civil siendo pobre debe pagar el acreedor los alimentos, que estan allí tasados en muy módica cantidad con relacion á los tiempos de dichas constituciones: en las mismas se manda, que, no pagándose dentro de dos dias de estar preso el reo, se le debe poner en libertad. En Cancér *de Alimentis núm.* 9. *hasta el* 12. se dice, ser esta obligacion de derecho comun: y es esto muy regular, porque el público de ningun modo debe pagar; el preso no puede permitirse que perezca de hambre; y si se averigua que tiene bienes ya lo paga todo despues.

11 Todo lo dicho es segun el derecho de Castilla, como consta de las leyes y autores citados, ménos en lo poco que he entremezclado de Cataluña, en donde no hay que notar, sino que constando ser la causa executiva se obra en el modo que se ha dicho en la *sec.* 2. *del cap.* 11., mandán-

dose la prision en los casos que corresponda segun lo dicho en la *sec.* 1. *de este capítulo.*

SECCION III.

De las excepciones, que se oyen en juicios executivos.

1 Aunque en las obligaciones, que traen aparejada execucion, no se suele oir á los reos para oponer toda especie de excepciones, á que se dá lugar en el juicio ordinario, con todo no dexa de haber algunas, en que es justo no despreciar la parte, que reclama, como por exemplo si el acreedor usa contra el deudor de un instrumento falso, si disimula que ya está pagada la deuda, pudiendo justificarse prontamente la satisfaccion: pero son limitadas estas excepciones.

En los juicios executivos no dexan de admitirse algunas excepciones.

2 Contra los contratos, sentencias, compromisos, y qualquier obligacion, que tenga aparejada execucion, no se admite segun la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* ninguna excepcion, sino la del pago del deudor, pacto de no pedir, excepciones de falsedad, usura, temor, fuerza, y tal que de derecho se deba recibir.

Limitacion de dichas excepciones en Castilla.

3 En Cataluña por las *const.* 6. *y* 7. *de Accions y oblig. del seg. volum.* está mandado, que por lo que respecta á las escrituras guarentigias no se admitan otras excepciones, que la de pago ó satisfaccion, de que conste con instrumento público. Quando solo se ofrece justificacion de ella por testigos, no siendo regular, como dice la *constitucion séptima*, que, si el deudor hubiese pagado ó satisfecho, no se hubiese cautelado con carta de pago, se manda *ibid.*, que no se suspenda la execucion, disponién-

De lo mismo en quanto á Cataluña.

dose solamente en este caso, que el acreedor preste idonea caucion de volver lo que cobrare en caso de justificarse la excepcion opuesta. Cancér de *Instrum. guarent num.* 77. *hasta el* 81. dice, que no por esto debe excluirse la excepcion de el que pretenda probar el pago ó la satisfaccion por confesion de la misma parte, que insta comprometiéndose en su juramento, con tal que dicha parte esté presente, y no haya sospecha, como la habria, estando ausente: se funda esto, en que nunca puede entenderse, que la mente de las leyes sea de no oirse al que se allana á pagar jurando la parte, que insta, que no se le ha satisfecho.

4 Por la *constitucion* 5. *de Arbitres y arbitradors* consta, que en Cataluña, quando se trata de recurso contra sentencia de árbitros en tres casos, conviene á saber, quando se alega dolo de árbitro ó arbitrador, ó cohecho, ó enormísima lesion, debe prestarse caucion idonea por el que insta la execucion de restituir todo lo que hubiere cobrado, si el que hace el recurso obtiene sentencia favorable. Por la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* está generalmente mandado, que, solicitándose la execucion en fuerza de sentencia arbitraria, ha de darse fianza en el modo dicho de Cataluña para los tres casos.

Modificacion de las constituciones, que en Cataluña limitan el uso de dichas excepciones, admitiendose la de nulidad notoria y de falsedad.

5 Las *constituciones* 6. *y* 7., poco ha citadas, no excluyen la excepcion de nulidad del instrumento del contrato, con tal que sea notoria, y resulte del mismo instrumento, Cancér de *Instrum. guarentig. num.* 33. *hasta el* 44. *y* 114. Con efecto, siendo tanto el instrumento como la obligacion, que él contiene, el arma, con que la parte ataca á su contrario, si se ve que es falsa, no debe dexarse engañar con ella el juez: y siendo la escritura el funda-

mento, sobre que se hace la execucion, no podria sostenerse ésta, cayendo por sí mismo el apoyo, en que estriba. Cancér *ibid. num.* 156. refiere el caso, en que por el mismo escribano, que otorgó una escritura guarentigia, constaba que era falsa. En éste y otros casos semejantes, dice, que puede, sin embargo de las constituciones citadas, admitirse la excepcion indicada de falsedad, porque para obrar el juez en fuerza del instrumento guarentigio no debe tener ninguna duda sobre él, y porque la mente de los legisladores en no admitir otra excepcion, que la de pago ó satisfaccion, no fué la de excluir la nulidad y falsedad en semejantes casos, sino las otras, que son regulares en los demas juicios.

6 Tampoco quiere Cancér *ibid. num.* 54. *hasta el* 66., que quede excluida la excepcion de compensacion, por tener ésta veces y naturaleza de pago, con tal, que la deuda, con que se pretende compensar, sea líquida tambien y de pronta y rígida execucion. Esto mismo defiende Fontanella en las *decisiones* 465. 466. *y* 561. y Peguera en la *decis.* 175. *Tambien se admite la de compensacion.*

7 Cancér *ibid. num.* 66. admite igualmente la excepcion de novacion y delegacion, porque éstas son especie de pago, á que ya dan lugar las citadas constituciones: tambien admite *num.* 106. *hasta el* 114. *ibid.* la excepcion, que llaman los juristas *non numeratae pecuniae*, de la qual se ha dicho ya algo al hablar de las presunciones, porque nunca puede entenderse excluida una excepcion, que por sí lleva el contrato ó la escritura de él: y esto puede tenerse por regla general en qualquier otra excepcion de igual naturaleza. *la de novacion, delegacion y* non numeratae pecuniae.

8 Tampoco parece, que pueda dexar de ad- *Dichas moli-*

ficaciones tambien tienen lugar en Castilla.

mitirse la excepcion de nulidad notoria de sentencia, por lo que se ha dicho al hablar de sentencias y la de incompetencia conocida de juez. Las referidas excepciones de comprometerse el interesado en el juramento de la parte, de la nulidad notoria del contrato, del instrumento, de novacion y delegacion, la que de por sí lleva ya la escritura por derecho, como la que llaman los juristas *non numeratae pecuniae*, las de nulidad de sentencia, incompetencia de juez, y otras de igual naturaleza, parece que quedan incluidas en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.* por la generalidad de aquellas palabras, *tal que de derecho se deba recebir*; en la qual aun pretenden Paz y otros, como verémos luego, comprehender todas quantas excepciones hay en derecho.

Las demás excepciones no se admiten en Cataluña.

9 Todas las demás excepciones no se admiten en Cataluña para el efecto de embarazar, ó detener la via executiva, como la excepcion de *restitucion in integrum*, Cancér de *Instrum. guarentig. numer.* 67. *y* 68.; la de prescripcion, *ibid. num.* 75.; la de prevencion de juicio ordinario hecha por el reo, *ibid. num.* 23. *hasta el* 33.; la de litis pendencia por cesion de bienes, idem Cancér de *Cession. bonor. num.* 55.; y la de moratoria, como defiende Fontanella, de *Pact. nupt. claus.* 6. *glos.* 2. *part.* 4. *num.* 60. 61. En una palabra, por lo que toca al efecto de embarazar la execucion no se puede oponer ninguna excepcion, que no quede comprehendida en las arriba citadas, ó en los principios generales, que he sentado, para cuya inteligencia puede ya dar mucha luz la enumeracion de casos, que he especificado.

En Castilla ha prevalecido la opinion

10 En la *Curia Filípica Juic. execut.* §. 20, *num.* 1. se dice, que en el juicio executivo se pueden alegar y poner, y se han de admitir qualesquiera excep-

ciones, mutuas peticiones de compensaciones y reconvenciones, y las demás legítimas excepciones, que en la via ordinaria se pueden y deben poner y admitir sin distincion, ni especialidad alguna. Es esto contrario á todo quanto llevo dicho, y á las leyes de la Recopilacion. En *la* 1. citada *del tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, sobre hablarse determinadamente de las excepciones, que han de admitirse en el juicio, expresándose los nombres de ellas, se dice, que no sea admitida, ni recibida ninguna otra excepcion, ni defension: ¿si todas se admiten como podrán explicarse las palabras de dicha ley?: *y si otra qualquier excepcion se alegare no sea recibida, ni el que la pusiere sea oido: y no embargante otras qualesquier excepciones el juez proceda á execucion del tal contrato ó sentencia, y llévela á debido efecto*: en la *ley* 2. *ibid.* se confirma lo mismo, y que solo pueden ser oidos los deudores mostrando legítima paga, que pueda probarse luego, pareciendo en esto conforme aquella ley á nuestras *constituciones* 6. *y* 7. *de Accions y obligacions.*

de admitirse toda especie de excepcion.

11 Despues de haber escrito esto leo en Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 3. *num.* 34. *y* 35. que defiende lo mismo, que la *Curia Filípica*, respondiendo á lo que en contra he opuesto: pero no parece, que satisfaga la salida, de que las leyes solo quisieron excluir las excepciones frívolas y despreciables. Quiere escudarse este autor con la *ley* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*, en la qual se dice, que se ha de oir al que mostrare paga ó *legítima excepcion*, pretendiendo inferir de aquí, que tambien ha de tener lugar en este juicio toda especie de excepciones: pero lo que se sigue en la misma ley prueba todo lo contrario, porque despues de dichas palabras se leen las siguientes: *sin alongamiento de malicia, por otra tal*

escritura, como fué el contrato de deuda, ó por alvalá, que haga fé, ó por confesion de la parte; ó por testigos, que esten en el arzobispado ú obispado, donde se pidiere la execucion: de suerte, que en esta ley solo se aprueban las excepciones, que luego *sin alongamiento* prueben el pago: y aquellas palabras *legítima excepcion* se han de entender de las excepciones, que se tienen por legítimas en esta especie de juicio, y de la naturaleza, que explica la misma ley con los exemplos referidos. En el mismo lugar de Paz se cita tambien á Avendaño, que es de la opinion, que aquí defiendo; y no dudo que habrá en la misma otros autores castellanos. Con todo despues de haber escrito esto averiguo, que en la práctica ha prevalecido en los tribunales de Castilla la opinion de admitirse indistintamente en los juicios executivos toda excepcion, que probada deba elidir la accion. El extender la via executiva á todos los contratos, de que conste por instrumento y á otros casos, habrá producido este efecto.

SECCION IIII.

Del término de prueba, y demas procedimientos del juicio executivo.

1 Todo lo que corresponde á esta *seccion* está explicado en el *tit.* 2. *cap.* 11. *sec.* 2.

TÍTULO IIII.

De los juicios de concurso de acreedores, de los de jueces árbitros, autos abintestato, y de otras materias civiles.

1 A mas del juicio civil, de que he hablado, ordinario y extraordinario, traen algunos autores, otros juicios como Salazar, Febrero y Colon el de concurso de acreedores, el de jueces árbitros, el de autos abintestato, testamentarías y otros de otras materias civiles: los quales no tanto forman una especie distinta de juicios como incluyen lo que se ha de pedir y proveer, quando se trata de las materias indicadas, debiendo siempre reducirse el juicio á uno de los civiles ordinarios ó extraordinarios.

Todo juicio civil debe reducirse á ordinario y extraordinario.

2 Dichos juicios tienen poco, que saber, conocido ya lo hasta aquí dicho de los juicios en general ordinarios y extraordinarios, y supuesta la noticia del derecho privado, él qual es el que ha de enseñar la accion, que tienen las partes, y lo que pueden y deben estas pedir en dichos juicios, cuyos trámites puede por otra parte ver qualquiera en los libros citados, debiendo la noticia, que se ha dado de los antecedentes, bastar ya para unas instituciones.

De las testamentarías y autos abintestato.

3 En Cataluña no se forman por lo comun sino èn caso de difuntos militares con arreglo á sus órdenanzas autos abintestato ni testamentarías. Provendrá esto de ser mas corta en esta provincia que en Castilla la legítima de los hijos.

poco uso de estos autos en Cataluña.

4 Sea como fuere no dexa esto de acarrear utilidad, porque son muchas las quejas de otras partes en órden á que magistrados, escribanos y minis-

Utilidad de que se excusen en quanto sea posible.

tros de justicia se comen el patrimonio de los particulares con las diligencias judiciales, siendo justo que se hagan y simplifiquen del modo, que puedan causar ménos gastos y perjuicios: algunas leyes de estos últimos tiempos favorecen mucho esto y el que se excusen semejantes gastos en quanto sea posible.

Cédulas recientes que favorecen esto mismo.

5 En este número deben contarse la providencia de 2 de febrero de 1766, de que se habla en el *libro* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 2. *num.* 22., con que se prohibió el hacer inventarios de los bienes de los que mueren abintestato con motivo de la *ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.*, las varias órdenes sobre excusar inventarios y particiones de bienes en los militares siempre que haya herederos testamentarios, que consientan en que no se hagan semejantes diligencias, de que se hace mencion en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 19. *art.* 1. *num.* 11. *y* 12., como tambien lo que se ha referido en el mismo *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 12. *sec.* 1. *art.* 2. *num.* 9. de la real cédula de 4 de noviembre de 1791., con la qual se dió permiso á los testadores de nombrar á los que quieran para formar los aprecios, cuentas y particiones correspondientes, á fin de que, protocolizándose las mismas en los oficios del juez respectivo, se evite el que el caudal de pupilos y huérfanos se disipe en diligencias judiciales y costas, que por lo comun causaban los padres generales de menores y defensores de ausentes.

ERRATAS.

Página	*linea*	*dice*	*léase*
11	11	hace	da.
89	19	añade	se añade
187	17	de dicha	dicha
252	27	mas fuerte	es mas fuerte
303	23	hizo	dió
313	5	fallidos	fallidas
329	7	condena	condenacion
348	15	posesorio	posesion




K
D726915
t.6
Dou y Bassols, Ramón Lazaro de
Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña
PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET
UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

